ANGELO SRAFFA

PROF. DI DIRITTO COMMERCIALE NELLA R. UNIVERSITÀ DI MACERATA

IL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI

FIRENZE
CASA EDITRICE LIBRARIA "*FRATELLI CAMMELLI*"
(RAFFAELLO CONTI, Proprietario)
Piazza della Signoria, 5.

1897

A

FILIPPO SERAFINI

PARTE PRIMA

DICHIARAZIONE DEL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ

---

§ I.

Fallimento e società commerciali.

Il principio che le società commerciali sono fornite di individualità giuridica ha portato come conseguenza la possibilità che di esse sia dichiarato il fallimento. La particolare fisonomia che acquista il fallimento quando da esso è colpita una società commerciale ha resa necessaria una serie di disposizioni speciali. Ma il fallimento non muta essenza a seconda che esso colpisca una società od un semplice commerciante; il fallimento che colpisce quella non è altro, nei suoi elementi costitutivi, che l'istituto quale si è venuto, dopo una lunga elaborazione storica, formando al di fuori ed indipendentemente dalla società commerciale; solo, dovendosi applicare a questa, ormai nettamente affermatasi come ente distinto dalle persone che ne fanno parte, cioè dovendosi applicare ad un ente distinto da quello per cui è sorto ed intorno al quale si è sviluppato, il fallimento ha

dovuto, rimanendo nella sua essenza tal quale, adattarsi, di fronte all'ente società, a nuovi e vari atteggiamenti, quali richiedeva la giuridica conformazione di questa.

Il nostro lavoro ha precisamente per oggetto di studiare questi particolari atteggiamenti del fallimento, quando la persona fallita è una società commerciale.

Intendiamo di mantenere strettamente il carattere monografico al presente nostro studio, e quindi trattenerci rigorosamente entro limiti ben definiti, cioè entro il campo di ciò che si riferisce al fallimento delle società, per evitare di dare al lavoro uno sviluppo che non è nei nostri intendimenti e perchè siamo persuasi (è questa una questione di metodo) che trattando incidentalmente, per dare carattere di compiuto e di esauriente al lavoro, le più gravi questioni che si riconnettono all'istituto del fallimento e alle società, sia ben difficile, per non dire impossibile, trattare con sufficiente elaborazione vasti e difficili problemi (1); non vogliamo, insomma, innestare sopra una monografia una trattazione incidentale e frammentaria, che tolga il carattere organico al nostro studio.

---

(1) Confr. in proposito le giuste osservazioni di un critico molto autorevole, il THALLER, negli *Annales de droit commercial,* I, 345, a proposito dell'opera del DUVIVIER, *De la faillite des sociétés.*

L'importanza delle questioni riflettenti il fallimento delle società commerciali ci sembra che oggi possa dirsi superiore a quello d'ogni altra questione che si presenti dinanzi ai tribunali per l'entità degli interessi che esse pongono in discussione: come osserva il THALLER (1) « il piccolo commercio si ritira insensibilmente davanti alle società che assumono gli affari in grande; si attendono i giudicati con ansietà dal pubblico, perchè essi decideranno indirettamente della sorte di molte fortune private, che sono impigliate nelle stesse difficoltà. Rivolgendosi alla giustizia per l'esame di una questione nuova, i sindaci ed i liquidatori cercano di creare un precedente che li guidi in seguito nel loro lavoro di contabilità e permetta loro, nella espressione delle loro rivendicazioni, di tenere un linguaggio più fermo. È sufficiente dire che si ritrovano per entro ai giudicati emessi, e che all'occorrenza in essi potranno indovinarsi, le agitazioni che hanno in un dato momento turbato la ricchezza del paese. La giurisprudenza commerciale offre a questo riguardo una gran potenza di colorito e fissa nelle diverse epoche lo stato sociale ed economico: allorchè si vedono moltiplicarsi nei tribunali le cause di fallimenti di società ecc. si può concludere con certezza che siamo dinanzi ad una *débacle* prodotta per eccesso di speculazione ».

---

(1) *Jurisprudence commerciale,* année judiciaire 1883-1884 in *Revue critique de législation et de jurisprudence,* XIV, pag. 274.

Le statistiche con tanta intelligente cura raccolte e pubblicate dal nostro Bodio, ci dicono, con una eloquenza che spaventa, che in Italia nell'anno 1894 furono dichiarati 320 fallimenti di società, di cui 285 di società in nome collettivo, 6 di società in accomandita semplice, 3 in accomandita per azioni, 26 di anonime (1); la cifra è davvero enorme, specie quando si pensi che i fallimenti di società pronunciati in un anno in Francia, nell'anno 1892, furono 90 — di cui 20 di società *di fatto*, 70 di società regolari, di cui 20 anonime (2).

La individualità giuridica che, oggimai, è dai più, in Italia, riconosciuta alle società commerciali (3), è la condizione prima perchè il fallimento sia ad esse applicabile; tanta è la connessione fra il riconoscere la individualità giuridica alle società di commercio e l'ammettere la possibilità del loro fallimento, che quei pochi scrittori tedeschi, i quali sostengono essere le società commerciali fornite di personalità giuridica (4), deducono ciò

---

(1) *Statistica giudiziaria civile e commerciale dell'anno 1894.*

(2) *Revue des Sociétés*, 1893, 110.

(3) Confr. Vivante, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, vol. I, nn. 286-290.

(4) Von Hahn, *Kommentar*, II, p. 387 e Gareis, *Handelsrecht*, § 29. Intorno allo stato della dottrina, su tale questione, in Germania confr. Bonelli, *La personalità giuridica delle società comm.* (estratto dalla *Legge*, 1887): agli scrittori quivi citati, e che si occuparono della questione posteriormente, va aggiunto l'Eccius,

principalmente dal fatto che ad esse è applicabile l'istituto del fallimento.

È vero, bensì, che la maggior parte degli autori e dei tribunali tedeschi negano la personalità giuridica alle società di commercio, benchè la possibilità del fallimento di queste sia un principio indiscutibile anche per essi. Ma in questo caso, osserva giustamente il THALLER (1), come ammettere e giustificare il diritto di preferenza dei creditori sociali sul patrimonio della società e il fallimento di questa? Che è un fallimento senza fallito? Vediamo quali teorie i tedeschi costituiscono per dare cotesta giustificazione. I soci — riproduciamo il concetto più comunemente accolto in Germania, con le parole del LASTIG (2) — separano un certo capitale dal loro patrimonio, trasferendolo all'azienda sociale, perchè sia destinato all'esercizio di determinati atti di commercio. Chi conferisce il capitale comunica ai suoi consoci *un diritto di disposizione,* con la limitazione che debba farsi un determinato reimpiego, ma non dà a ciascuno dei consoci un diritto immediato sulla cosa conferita... »

---

il quale nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht,* XXXII, 1-18, sostiene la personalità giuridica delle società commerciali, specialmente in base all'art. 93 cod. di comm. germanico.

(1) *Des faillites en droit comparé,* II, pag. 316.

(2) ENDEMANN, *Handbuch des deutschen Handels-See-und Wechselrechts,* vol. I, § 78.

Ogni socio essendosi così privato del suo diritto di disporre a favore dell'insieme dei consoci, i suoi creditori particolari non potranno esercitare maggiori diritti di lui. Con tal ragionamento, che porta alla priorità dei creditori sociali sopra il capitale posto in società, si è inteso di giustificare il fallimento che in Germania « è rivolto meno contro le persone che contro i beni; è sufficiente che si abbia di fronte un insieme di beni aventi una comune destinazione, formanti la garanzia d'un insieme di creditori perchè la materia dell'esecuzione esista. Che importa che questa massa divisibile riposi o no sopra un ente astratto? Nessun principio giuridico s'oppone, almeno in Germania, a che questo insieme di valori, riuniti in vista d'uno scopo collettivo, non si distacchi da quelli restati in mano dei soci per alimentare un fallimento indipendente » (1).

Ma l'antinomia fra l'ammettere il fallimento della società e il non ammettere la personalità giuridica è così evidente che i motivi del *Concursordnung* dichiararono che questo riguarda, pei suoi effetti, il patrimonio sociale come un patrimonio a sè e non già come una parte separata della massa patrimoniale di ciascun socio (2).

---

(1) THALLER, *Faillites*, pag. 317.

(2) Confr. BONELLI, *Dei beni in liquidazione giudiziale* (Estratto dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*), pag. 121-122.

Per il Fick (1) il fallimento delle società si spiega e si identifica con l' *ius exigendi* privilegiato dei creditori sociali sul patrimonio della società. Il Frankl (2) invece, riconosciuto che il fallimento pei tedeschi non si apre contro una persona, ma contro un patrimonio, osserva che si è introdotto un fallimento a sè sopra il patrimonio sociale in riguardo alla qualità che ha questo di *patrimonio a sè,* così che non già è concesso ai creditori sociali un diritto privilegiato ad essere soddisfatti; ma abbiamo un sistema speciale, il cui oggetto è il fondo sociale. L'ammissibilità di un tal fallimento a sè, per il Frankl (3) è spiegata dal fatto che il fallimento è il sistema legittimo per la soddisfazione di una quantità di creditori che cercano il soddisfacimento del loro avere sul medesimo patrimonio — ed il patrimonio sociale forma realmente un tal complesso che è, relativamente almeno, indipendente.

Ora, mentre sottoscriviamo alle osservazioni del Frankl contro l' opinione, evidentemente errata, del Fick, al ragionamento del Frankl è facile obbiettare che il privilegio dei creditori sociali sul patrimonio sociale potrebbe essere anche ammesso nel fallimento dei soci, mediante la concessione

(1) *Der Koncurs der Kollektiv-Gesallschaft,* pag. 45.

(2) *Der Concurs der offenen Handelsgesellschaft nach österreichischem Rechte,* pag. 24.

(3) Op. cit. pag. 25.

di un diritto di separazione ai creditori sociali (1). Nè è soddisfacente risposta quella del Frankl, cioè che « l'indipendenza del fallimento sociale non è conseguenza giuridica *necessaria* della indipendenza del patrimonio sociale; ma certo è una necessità pratica riconosciuta dalla nostra legge con una particolare disposizione »; poichè con ciò il Frankl si limita a riconoscere il fatto che la legge austriaca ammette il fallimento sociale, ma non dà nessuna giustificazione soddisfacente (mentre era ciò che egli si proponeva di dare) di questo fatto.

Le due principali conseguenze che gli scrittori tedeschi traggono dal riconoscere l' indipendenza del fondo sociale come ragione della ammissibilità del fallimento della società separato da quello dei soci, sono: che quando le stesse persone formano fra loro parecchie società di commercio in nome collettivo con parecchi patrimoni sociali, è data anche la possibilità di parecchi fallimenti sociali (2); che se non vi sono diversi patrimoni separati sono inammissibili diversi fallimenti quando la medesima società possieda parecchie succursali, anche se per

---

(1) Il Fick (op. cit. pag. 46) cita a questo proposito uno scritto del D.r Andreas Heusler sopra l'« *Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts* » pubblicato nella *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, III, 101-245.

(2) Renaud, *Commanditgesellschaft*, p. 60; Behrend, *Lehrbuch des Handelsrecht*, I, pag. 590.

queste esista un'amministrazione separata (1). E veramente queste conclusioni sono rigorosamente logiche anche data la indipendenza del patrimonio sociale come fondamento del fallimento; ma è questo principio che non trova giustificazione, e che non può trovarla, come abbiamo dimostrato.

Ci pare dunque evidente che i due concetti di *personalità giuridica della società* e di *possibilità del fallimento sociale* sieno intimamente connessi e l'uno porti con sè l'altro; pure va notato che gli ultimi tentativi, fatti nella dottrina, per escludere il fallimento delle società anonime disconoscevano questa connessione e questa logica conseguenza. Così il Renouard (2) ed il Massé (3), pur non contestando la individualità giuridica alle società anonime, osservavano che la procedura di fallimento è stata organizzata in vista d'un debitore avente una personalità effettiva, fisica, e non in vista di questi esseri fittizi, di queste società non comprendenti neppure un socio contro il quale la procedura possa essere diretta, neppure un socio contro il quale sia possibile d'applicare gli articoli del codice di commercio sulle incapacità e decadenze che accompagnano la dichiarazione di fallimento. Queste argomentazioni sono

---

(1) Renaud, op. cit. pag. 601; Frankl, op. cit. pag 25.

(2) *Faillites*, I, pag. 260, 262.

(3) *Droit commercial*, III, n. 1169.

state ormai tante volte combattute (1) che sarebbe completamente inutile l'insistervi; basti ricordare che la incapacità e le decadenze che derivano dalla dichiarazione di fallimento hanno un carattere tutt'affatto accessorio e che quanto di essenziale vi ha nel fallimento è organizzato in vista dell'interesse dei creditori; i quali non trovano che in questa procedura le garanzie alle quali han diritto. Il che spiega come e perchè non siasi reputato sufficiente l'istituto della *liquidazione* proprio delle società commerciali, a tutelare gli interessi dei creditori di queste — nel caso di cessazione dei pagamenti da parte della società; infatti, durante la liquidazione i diritti dei creditori, rimasti sostanzialmente immutati, non sono sufficientemente garantiti, liquidatore potendo essere uno dei soci stessi ed essendo, salvo il caso di nomina da parte dell'autorità giudiziaria, una persona di fiducia dei soci, non avente neppure l'obbligo di pagare i creditori sociali *pari passu ;* inoltre, solo con il fallimento possono farsi annullare quelli atti coi quali posteriormente alla cessazione dei pagamenti, alcuni creditori sociali si sieno indebitamente avvantaggiati a danno degli altri.

---

(1) Confr. specialmente: Vidari, *Corso di diritto commerciale,* vol. IX, n. 8876 e Pic, *Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales,* pag. 26-27.

§ II.

I sistemi delle varie legislazioni.

I sistemi delle varie legislazioni sul fallimento delle società possono raggrupparsi così:

a) la qualità di commerciale per la società (come la qualità di commerciante per il singolo) è richiesta perchè possa pronunziarsi il fallimento: è questo il sistema seguito anche dal nostro legislatore;

b) il fallimento è una procedura di esecuzione comune a tutti i debitori, commercianti o no, società commerciali o civili: è il sistema germanico;

c) per i commercianti e per le società commerciali vi è un *fallimento commerciale*, per i non commercianti e per le società civili, *un fallimento civile:* è il sistema austriaco;

d) il fallimento si applica a tutti i debitori, comprese le società corrispondenti alle nostre società in nome collettivo *(partnerships)* e la liquidazione si applica in luogo del fallimento alle società costituenti persone civili (1): è il sistema in-

---

(1) Confr. Pic, op. cit. pag. 8. Si può vedere una esposizione del sistema inglese nel nostro volume sulla *Liquidazione delle società commerciali,* pag. 31-34. Alle leggi ivi ricordate vanno aggiunte le successive del 14 e 18 agosto 1890 sopra le *partnerships,* sulla *liquidazione delle società* pubblicate nell' *Annuaire de législation étrang.* XX, pag. 9, 74, 89 e 110.

glese; con il quale ha qualche analogia il sistema della legge brasiliana 4 novembre 1884 (non riformata su questo punto dal decreto del governo provvisorio 24 ottobre 1890 per la riforma del codice di commercio), per cui le società anonime non sono soggette a fallimento, ma sono sottoposte ad una liquidazione che si svolge quasi completamente secondo le disposizioni del codice di commercio relative al fallimento.

Il fallimento delle società commerciali può dirsi dunque, ormai, universalmente praticato; al fallimento equivalendo, nella sostanza, la liquidazione della società secondo il sistema inglese — pel quale basti ricordare che, posta una società in liquidazione dalla Corte competente, nessuna azione o altra procedura può essere iniziata o continuata contro la società, se non con l'autorizzazione della Corte e nei termini da essa fissati; che se la società posta in liquidazione dalla Corte è a responsabilità limitata con capitale diviso per azioni, il capitale non versato diviene esigibile all'epoca fissata dalla Corte; finalmente che ogni componimento concluso tra una società in liquidazione e i suoi creditori sarà obbligatorio per tutti se fu approvato da tre quarti, in numero e valore, dei creditori stessi.

Dati questi cenni per confermare che in sostanza la *liquidazione* delle società in Inghilterra equivale al *fallimento* delle nostre, non crediamo

nè opportuno, nè utile di fare una esposizione delle varie leggi in tema di fallimento di società commerciali; ci limiteremo qui a dare qualche cenno di alcune leggi che hanno regolato in modo speciale il fallimento di società aventi un determinato oggetto.

In Ispagna vi è una speciale organizzazione del fallimento delle società ferroviarie e di intraprese dei lavori pubblici, regolata dagli articoli 930-941 del codice di commercio. Di notevole in questa organizzazione troviamo: che per l'articolo 931 nessuna azione giudiziaria nè amministrativa può interrompere l'esercizio della ferrovia, nè d'altro lavoro pubblico; la divisione in gruppi dei creditori per la votazione sulle proposte di concordato; finalmente il principio che se, dopo pronunziato il fallimento, continua la concessione della via ferrata o di altra impresa di lavori pubblici, dovrà darsi notizia dell'avvenuto fallimento al governo o all'ente che fece la concessione, perchè si possa addivenire alla nomina di una commissione di sorveglianza, presieduta dal rappresentante del governo o dell'ente concedente, e questa commissione amministra ed esercita provvisoriamente i lavori.

In Portogallo una legge recente, citata dal Juglar (1), dispone in modo analogo alla legge spagnola sulle società ora ricordate e, secondo questo

---

(1) *De la situation des obligataires au cas de faillite ou de liquidation de la société*, pag. 120.

scrittore, ciò che domina tutte le relative disposizioni è la prevalenza data allo stato che si è fatta la parte del leone: *quia nominor Leo.*

Nella Svezia si ha una legge del 7 luglio 1889, sul fallimento delle banche d'emissione e di quelle di risparmio (1), fallimento che vien posto sotto l'alta sorveglianza dello Stato, rappresentato da un delegato (nominato dal prefetto) le cui attribuzioni sono dalla legge specificate e tendono seriamente a tutelare i diritti dei creditori.

Di grande importanza ci sembra che sia l'esaminare il sistema con cui negli Stati Uniti d'America si regola il fallimento delle società ferroviarie.

Fra i diritti che la costituzione degli Stati Uniti si riserva vi è quello di stabilire una legge generale sui fallimenti per tutto il territorio. Una legge generale era stata approvata nel 1867, ma fu abolita il 7 giugno 1878, in modo che oggi non si han più che leggi speciali degli Stati su questa materia.

Nelle leggi dei vari Stati troviamo poche disposizioni riferentisi al fallimento delle società commerciali in generale: così per lo Stato di Maine il *General insolvent law* dispone che, dichiarato il fallimento di una società i beni sociali si tengono separati da quelli individuali, tanto nella

(1) *Annales de droit commercial,* VI, 170.

realizzazione, quanto per le spese di procedura; detratte le spese, i beni sociali servono in primo luogo a pagare i debiti della società; quelli individuali, i debiti dei singoli soci. La eccedenza di una delle masse compensa la deficienza dell'altra.

Per l'*Assignment of insolvent debtors Act* della California, dato il fallimento delle società, i creditori sociali han diritto tanto ai beni sociali, che a quelli particolari dei soci solidalmente obbligati.

Ma al di sopra delle varie disposizioni delle leggi speciali degli Stati sul fallimento, domina negli Stati Uniti il principio che nel fallimento (1) delle società ferroviarie mai l'esercizio delle linee può essere arrestato, e quando una di tali società cade in fallimento deve essere ricostituita il più prontamente possibile (2).

Per avere un'idea dell'importanza che assumono i fallimenti delle società ferroviarie negli Stati

---

(1) La parola fallimento, *failure,* non è, in tema di società ferroviarie, l'espressione giuridica; ma nel linguaggio comune viene usato come termine generico: anzi il *General insolvent Act*, citato nel testo, dello stato di Maine, esplicitamente dichiara che non possono cadere in fallimento le società ferroviarie e quelle per i pubblici servizi in generale, come quelle per la fornitura del gaz o dell'acqua, banche ecc.

(2) Confr. per i fallimenti o liquidazioni giudiziarie delle società ferroviarie agli Stati Uniti: BEACH, *The modern law of railways;* JONES, *Corporale bonds and mortgages;* PAUL-DUBOIS, *Les chemins de fer aux Etats-Unis.* In essi si trova sviluppato ampiamente quanto noi ci limitiamo ad accennare.

Uniti ci basti ricordare che un terzo delle linee ferrate dell' Unione nord-americana si trova al presente in mano di amministratori giudiziari e nel solo anno 1893 la lunghezza delle linee cadute in fallimento è stata quasi di 52,000 chilometri (1).

Negli Stati Uniti, dunque, quando una società ferroviaria è in istato d'insolvenza, i creditori ricorrono, generalmente, ad una procedura speciale, provvisoria e conservativa, detta *recevership* (specie di sequestro giudiziario), che consiste nel togliere agli azionisti l'amministrazione della società, affidarla alle Corti di giustizia e fare amministrare l'impresa, a spese dei proprietari, da un amministratore giudiziario detto *receiver*. Son le Corti di *Equità* (2) che han competenza per ricever la domanda di nomina del *receiver*, per la scelta del quale la Corte gode di un'assoluta libertà. Nominato, il *receiver* prende possesso e prosegue l'esercizio, sotto il controllo e la direzione della Corte — non avendo che i diritti che questa gli ha delegato — con l'obbligo di riferire ad essa per tutti gli affari importanti, e pei contratti da concludere e da risolvere. I poteri stessi della Corte sono limitati alla conservazione delle proprietà della

---

(1) Paul-Dubois, op. cit. pag. 198.

(2) Negli Stati Uniti il diritto si divide in due parti, il diritto propriamente detto (*the Law*) e l'Equità (*Equity*): nei casi non preveduti dal diritto l'*Equity* interviene e porta sempre un rimedio.

società e all'esercizio delle linee; ma la giurisprudenza tende ad allargare di più in più la cerchia di queste attribuzioni primordiali (1). La Corte può anche ordinare per il pagamento di certe spese specialmente determinate l'emissione di *certificati*, che hanno ordinariamente un diritto di priorità sugli altri debiti della società.

Da noi, come in Francia, non si hanno disposizioni speciali per quanto si riferisce a società esercenti imprese di carattere pubblico; salvo, da noi, il disposto della legge sui lavori pubblici (art. 255) per il caso di interruzione dell'esercizio di una strada ferrata concessa all'industria privata, senza che il concessionario vi provveda immediatamente (2) e la legge sulla liquidazione delle casse di Risparmio.

Il danno di tale mancanza è grande, e tale in

---

(1) PAUL-DUBOIS, op. cit. pag. 202. BEACH, op. cit. pag. 34.

(2) Il fallimento interrompe l'esercizio — e quindi il concessionario decadrà dalla concessione (art. 255 legge 20 marzo 1865 sui lavori pubblici). Di recente la *Società anonima della ferrovia Napoli-Ottajano* si è trovata in istato di cessazione dei pagamenti e per evitare il fallimento e il ritiro della concessione da parte del governo ha il 5 agosto 1896 domandato la concessione di una moratoria per sei mesi. Si veda nel giornale *Il Commercio* del 7 agosto 1896 la esposizione dei motivi che han reso opportuna la moratoria di questa società, il principale dei quali è proprio quello di evitare le conseguenze del disposto di legge per cui quando una società ferroviaria fallisce, e quindi interrompe l'esercizio della linea, decade dalla concessione !

pratica si è dimostrato. Infatti, quando un grande disastro ha colpito, sia in Italia, che in Francia, una di queste società si è dovuto improvvisare delle leggi speciali, che hanno tutti gli inconvenienti delle improvvisazioni e per di più quello ben più grande (essendo le assemblee parlamentari molto sensibili alle passioni del momento) di non riescir mai a tutelare equamente i vari interessi cozzanti, ma di far prevalere quelli di quei gruppi che, per motivi buoni o per motivi non buoni, meglio o più impressionano per la loro condizione od appassionano ai loro casi la opinione pubblica o almeno quella legislativa.

In Francia, avvenuto l'enorme disastro della *Compagnie universelle du canal interocéanique de Panama,* la Corte d'Appello di Parigi, con sentenza del dì 8 marzo 1889 (1), consacrò il carattere puramente civile della Società di Panama (2) e quindi ne venne la impossibilità di dichiararne il fallimento.

Il principio della necessità di ricorrere alle esecuzioni individuali contro una società civile, sovente criticato (3), mai fu, e così vivamente, combattuto come nel caso della insolvenza della società di Pa-

---

(1) DALLOZ, *Périodique,* 90, II, 233.

(2) Nello stesso senso può consultarsi il notevole scritto di THALLER, *A propos de Panama* negli *Annales de droit commercial,* III, 15.

(3) Confr. PIC, op. cit. pag. 12 a 15.

nama. Infatti, la situazione era questa: da una parte 1,998,163 obbligazioni in sofferenza (senza contare quelle *della terza serie* e le obbligazioni a premio) repartite, secondo i più probabili calcoli, nella proporzione di tre per ogni portatore e rappresentanti in gran parte il piccolo risparmio; dall'altra parte un attivo assai considerevole, ma insufficiente per soddisfare i creditori e non suscettibile di realizzazioni parziali, senza un deprezzamento notevole (1).

Per rimediare agli inconvenienti che derivavano dall'applicare ad un organismo quale la società di Panama i principii del diritto comune, venne, il 1° luglio 1893, promulgata una legge speciale che « conçue dans un intérêt d'économie, en vue d'une procedure rapide, elle restitue en quelque sorte à la liquidation le caractère commercial et emprnnte la plupart de ses dispositions à la loi des faillites » (2). I punti sostanziali di questa legge possono riassumersi così: *a)* dal punto di vista dell'azione in giudizio, la legge ha tolto ai creditori della società di Panama il diritto di agire individualmente, concentrando ogni azione relativa ai loro crediti nelle mani di un mandatario comune a tutti. Questo mandatario è distinto dal liquida-

---

(1) Bressolles, *Liquidation de la Compagnie de Panama*, p. 25.

(2) Relazione del Régismanset, al Senato, *Journal off.* doc. parl. e nov. 1893, pag. 344.

tore della società e non riunisce, come il curatore delle società fallite, la doppia qualità di rappresentante dei creditori e rappresentante della società; ad esso la legge accorda *l'assistance judiciaire*; *b)* dal punto di vista della realizzazione dell'attivo, la legge lascia al liquidatore della società il diritto di realizzare l'attivo della società, ma conferisce ai diversi interessati ed organizza un diritto di controllo su questa realizzazione; i creditori son privati del diritto di agire individualmente per realizzare i loro crediti e per fare eseguire le sentenze; *c)* dal punto di vista della realizzazione è il liquidatore che dalla legge è incaricato di far distribuire l'attivo sociale (1).

La ragione principale di questa legge fu, come abbiam detto, nella impossibilità di dichiarare il fallimento delle società civili: la legge francese del 1° agosto 1893 ha, in seguito, assimilato le società civili alle società commerciali, specialmente dal punto di vista del fallimento.

In Italia la legge sulla liquidazione delle casse di Risparmio nacque come legge d'occasione, per le incertezze sorte nella giurisprudenza e nella dottrina sulla possibilità di dichiarare il fallimento di cotesti istituti. Come nota il Giorgi (2), nella li-

---

(1) Bressolles, op. cit. pag. 29.

(2) *Dottrina delle persone giuridiche e dei corpi morali*, V, pag. 490.

quidazione delle casse di Risparmio ricorrono più spesso le analogie intrinseche col fallimento, di quelle proprie della liquidazione volontaria delle società anonime, perchè i soci e gli enti fondatori nelle casse di Risparmio in liquidazione non hanno facoltà diverse da quelle dei componenti di una società fallita: la loro azione cessa, e tutta la gestione dell'istituto viene assunta da un rappresentante del governo nell'interesse reciproco dei depositanti: la veste giuridica dei liquidatori è perciò giustamente definita dal Giorgi quasi quella di curatori di fallimenti, poichè, come questi, vanno sottoposti alla vigilanza del giudice delegato; così i liquidatori debbono dare conto mensilmente al governo dello stato della liquidazione e, per disposto del regolamento, il Ministero ha facoltà di prescrivere le norme per la liquidazione dell'attivo, per la vendita degli immobili, dei titoli di credito, per le transazioni ed i compromessi, di ingiungere che i titoli sieno depositati, ad eccezione di quanto sia necessario ai bisogni giornalieri del servizio.

Anche alla *liquidazione* della *Banca romana* si provvide con disposizioni speciali: ad una banca d'emissione, nei paesi in cui la circolazione cartacea e la facoltà di emettere biglietti di banca è regolata come in Italia, la legge sui fallimenti male può applicarsi. Difatti, malgrado la notorietà dello stato di cessazione dei pagamenti in cui la Banca romana si trovava, il fallimento di essa non fu

pronunziato e (crediamo) non fu neppure chiesto. La *liquidazione* della Banca romana è regolata dalla legge sul riordinamento degli istituti di emissione pubblicata nel 10 agosto 1893: all'articolo 25 si dispone che la Banca romana è in liquidazione *e la liquidazione sarà assunta dallo Stato,* che ne delega la gestione alla Banca d'Italia. La liquidazione (art. 28) è controllata da un commissario governativo; l'assemblea degli azionisti della Banca romana ha facoltà di delegare un suo rappresentante per sorvegliare la liquidazione nell'interesse dei creditori e degli azionisti; la Banca d'Italia (art. 30) deve iniziare e proseguire a sue spese tutte le azioni in responsabilità contro i funzionari ed amministratori della Banca romana e contro i terzi che resultino comunque responsabili dei danni della medesima; *e dovrà farlo sempre che l'avvocatura generale erariale lo riconosca opportuno.* Questo è il contenuto delle disposizioni di carattere giuridico, non dovendoci noi occupar qui delle altre, importantissime, di carattere prevalentemente finanziario.

Queste leggi speciali, spesso anche occasionali, stanno a dimostrare quanto poco rispondente alla logica ed alle necessità pratiche sia la uniformità legislativa, quando porta a regolare con lo stesso metodo situazioni radicalmente difformi, quando s'intende applicare le medesime disposizioni alle minime società famigliari a forma collettiva, alle

modeste banche cooperative per il credito popolare, ed ai colossi finanziari ed economici, quali le grandi banche, o le società ferroviarie; si pensi che in Italia abbiamo avuto in questi ultimi anni la moratoria del Credito mobiliare, quella della Banca generale ed il fallimento della Società immobiliare — veri colossi finanziari — il primo con 75 milioni di capitale sottoscritto e 60 di versato, dieci sedi, 413 impiegati, cioè il più grande istituto di credito italiano dopo la Banca Nazionale, ora d'Italia; l'ultimo, l'Immobiliare, con un bilancio, al 30 aprile 1896, di un passivo di circa 113 milioni; e s'immagini in quali difficoltà si dovettero e si debbono dibattere tribunali, liquidatori e curatori per adattare a questi enormi organismi le disposizioni del codice di commercio regolanti l'istituto della moratoria e quello del fallimento delle società commerciali.

A ragione quindi il Pantaleoni nella sua mirabile storia della caduta del *Credito mobiliare* (1), dopo aver dimostrato come l'autorità pubblica si è ingerita finora nel modo più deplorevole delle crisi bancarie, sostiene che l'autorità deve ingerirsi di banche in istato di cessazione di pagamenti elaborando un nuovo diritto, perchè si abbia da una parte una legislazione che riesca discrimina-

---

(1) *La caduta della società generale di credito mobiliare italiano, Giornale degli Economisti,* vol. XI, serie 2ª, pag. 496.

trice delle cause che possono ridurre le banche a mal partito e, va aggiunto, che quando queste a mal partito si trovano, ed una liquidazione giudiziale sia inevitabile, tenga conto delle particolari loro condizioni di fatto e di diritto per regolarne lo stato di crisi in modo razionale e conveniente.

Poichè, come il PANTALEONI (1) stesso osserva, da una parte come vi sono incendi che minacciano di estendersi ai fabbricati vicini, così vi sono fallimenti che si propagano: la propagazione dei fallimenti è però diversa da quella degli incendi; ad esempio, se il credito viene meno verso una banca, e di credito vivono tutte le banche, è facile che la sfiducia si estenda ad altre, la propagazione ha qui luogo in quanto *la stessa causa* che ópera il fallimento di una banca, minaccia, rafforzata, di farne cadere delle altre, che con la prima nulla avevano da vedere; dall'altra parte vi ha chi vede nel fatto del fallimento di una grande banca, o di una compagnia di navigazione una qualche specie di offesa al suo patriottismo, una specie di vergogna nazionale — e questo non sarebbe serio motivo per provvedere alla liquidazione giudiziale dei grandi istituti o delle grandi compagnie in modo differente da quella delle altre società; ma il PANTALEONI stesso riconosce che cotesta frase

---

(1) Op. cit. pag. 442 e 447.

emozionale rispecchia il senso di un danno proprio consistente nella menomazione del credito generale: perchè all'estero si giudica all'ingrosso del credito che meritano i cittadini di un altro Stato, si giudica in base ad eventi salienti e clamorosi e più per induzione sintomatica che per esame specifico di ciascuna posizione, e si viene nel giudizio, che nel tal paese, nel momento attuale, sia sicuro o mal sicuro esporre capitali.

§ III.

Condizioni per la dichiarazione del fallimento delle società.

a) Cessazione dei pagamenti.

Le condizioni obbiettive per la dichiarazione del fallimento di una società sono quelle che si richiedono per il fallimento di ogni commerciante: *la cessazione dei pagamenti* e che tale cessazione sia avvenuta per *obbligazioni commerciali*.

Si è voluto da alcuno (1) accennare ad una particolarità delle società anonime, specie di credito, per quanto riguarda la cessazione dei pagamenti, particolarità che fu presa in considerazione dalla giurisprudenza francese la quale, prima ancora che con una legge *(loi du 4 mars 1889 sur les*

(1) Pic, op. cit. pag. 49.

liquidations judiciaires) si ammettesse tale istituto, sostituì al *fallimento, la liquidazione giudiziaria* (1) e che in sostanza, fu ed è presa in considerazione anche dai nostri tribunali, i quali furono e sono, specialmente di fronte alla società, molto larghi nel concedere la moratoria anche mancando le condizioni che la legge richiede si verifichino — e si astennero dal procedere d'ufficio a dichiarazioni di fallimento di fronte a cessazioni di pagamenti, pubblicamente note, di società di credito.

La particolarità propria di questa cessazione di pagamenti sarebbe che in certe circostanze, per esempio nel caso d'un panico improvviso di depositanti che, impauriti da false e allarmanti notizie, corrano in massa a ritirare i depositi, la cessazione dei pagamenti, come prodotta da forza maggiore, non sarebbe tale da costituire quello stato che per la legge porta al fallimento. Noi già dicemmo che ammettiamo la opportunità che per certe specie di società vi sieno disposizioni particolari per quanto riguarda il fallimento; ma a questa tendenza a dare oggi alla cessazione dei pagamenti delle grandi società, specie di credito, una particolare fisonomia per allontanare da esse il fallimento, abbiamo due gravi obbiezioni da fare: la prima, che ciò è contrario alla legge vigente — e questo basterebbe perchè è meglio applicare

(1) Foucarde, *Des faillites non declarées*, pag. 54 e segg.

esattamente una legge anche cattiva che lasciare all'arbitrio dei tribunali (e pur troppo la condizione dei nostri tribunali non è eccessivamente tranquillante in proposito) di improvvisare ripari a situazioni gravissime; la seconda, che è desiderabile che *su questo punto* la legge rimanga quale è, cioè non si impedisca, in modo alcuno, ai depositari di ritirare quando vogliono, e per qualunque motivo vogliano, i loro depositi non vincolati alle banche: la legge rimanga come è; anzi non si intenda come si intese di recente nel nostro paese, quando, dopo la caduta del Credito mobiliare, della Banca generale e di altre banche, i depositanti presero d'assalto le banche cui avevano affidato i propri capitali; il PANTALEONI (1) descrive eloquentemente quello che allora avvenne: « Si videro allora cose curiose assai, spiegabili soltanto con l'ipotesi che una lunga abitudine alla tutela governativa avesse tolto agli Italiani ogni virilità nella difesa del diritto e resili anche incapaci di un sano giudizio. Vi furono banche che, per rendere più ordinato l'accesso alle loro casse distribuirono dei biglietti di turno numerati. E questo era sensato. Ma ve ne furono tra loro talune che distribuirono biglietti di turno così numerati, che il numero d'ordine non poteva scadere che alle

---

(1) Op. cit. *Giornale degli Economisti,* vol. X, serie 2ª, pag. 362 e segg.

calende greche. E questo era turpe. Ma il *pubblico* rideva, e la parte lesa non trovava in nessun luogo difesa del suo diritto. E questo era stupefacente. Gli sportelli eran pochi, i cassieri contavano con lentezza, i titoli del deposito si esaminavano con ogni rigore ed in ogni modo più fastidioso e lungo. Tutto questo sarebbe stato anche scusabile. Ma quello che non lo era, era che il depositante venisse trattato come un malfattore e trascinato in questura, per poco che aprisse la bocca per lagnarsi, o per consigliare un compagno di sventura di persistere a stare in fila o di mettervisi, affinchè non perdesse il turno o avesse da tornare l'indomani, troppo tardi. E era fissa nella mente di gente anche coltissima la teoria, che nessuna banca potesse restituire i depositi se richiesta di farlo a quelle condizioni alle quali li aveva ricevuti, che non solo non vi fosse alcun diritto leso nel rifiutare la restituzione nei momenti che correvano, ma che il governo facesse bene usando violenza e dovesse usarne della maggiore. E il governo, ognora paterno nella sua sollecitudine per le popolazioni d'Italia, non se lo fece dire troppe volte. Vi furono banche, e fu la maggioranza, che si comportarono saviamente e correttamente; ma fu generosità la loro e come tale era considerata dal pubblico. Era scomparso il concetto che un depositante avesse il diritto di lasciare il denaro suo presso chi riscuotesse la sua fiducia e di toglierlo a chi non la godesse più.

Era scomparso il concetto che le banche avessero con lui un patto netto, chiaro, esplicito, pel quale fossero obbligate a pagare e che questo obbligo non fosse subordinato alla condizione che i depositanti venissero alla spicciolata, in numero insignificante, e a intervalli. Era assurda l'opinione che le banche non potessero lavorare coi depositi in modo da non essere in grado di rimborsarli in conformità dei patti ai quali li avessero ricevuti. Sarebbe stato un bene, e non un male come reputavasi, che fossero perite le banche che non erano in grado di restituire i depositi, perchè la loro vita *era una vita di frode e di inganno...* »

E questa vita continuava perchè la *cessazione di pagamenti* che in quelle società si era verificato, era stata *larvata* nel modo sopra descritto, con povere e non degne manovre, che non avrebbero dovuto ingannare l'autorità giudiziaria, perchè esse non toglievano che la *cessazione dei pagamenti* esistesse, poichè è stato di cessazione di pagamenti quello di chi non può pagare e per non pagare ricorre a sotterfugi (art. 705 cod. di comm.) che non sfuggono ad alcuno, ma che i più giustificarono, e sarebbero di nuovo pronti a giustificare, in base al pregiudizio ed all'errore che possa e debba alla cessazione di pagamenti di una società bancaria di credito dare una significazione diversa da quella comune, per pretese necessità pratiche; con l'effetto che organismi che per legge

e nell' interesse generale, dovrebbero precipitare nel fallimento (e si regoli pur questo, lo riputiamo, con speciali disposizioni) continuino a vivere rendendo poi nel giorno in cui il disastro sarà inevitabile, più disastrosa la loro caduta.

La nostra legge ha preferito alla *insolvibilità*, la *cessazione dei pagamenti* come condizione per la dichiarazione del fallimento, lo *sbilancio economico* riscontrandosi elemento inattuabile e fallace; inattuabile perchè la constatazione dello sbilancio economico del commerciante richiederebbe tali investigazioni preventive, tali atti preliminari, da precludere quasi sempre ai creditori la via del fallimento; fallace perchè quando pure fosse possibile calcolare preventivamente la forza del commerciante vi è un elemento della sua ricchezza che sfugge ad ogni calcolo, ed è il credito di cui gode (1). Per quanto riguarda le società per azioni è assai dubbioso che si riscontrino le ragioni per far prevalere, come elemento per la dichiarazione del fallimento, la *cessazione dei pagamenti* alla *insolvenza;* perchè le società che hanno per oggetto principale l' esercizio del credito devono depositare presso il tribunale, nei primi otto giorni di ogni mese, la loro situazione riferibile al mese precedente (art. 177 cod. di comm.) ed il bilancio annuale d'ogni società in accomandita per azioni

(1) LUCIANI, *Trattato del fallimento,* I, pag. 259.

ed anonima deve essere, entro dieci giorni dall'approvazione, depositato (art. 178) in copia nella cancelleria del tribunale affinchè se ne faccia annotazione nel registro delle società e si provveda alla pubblicazione del bilancio secondo le disposizioni degli articoli 94 e 95 cod. di comm.; quindi se le situazioni e i bilanci non sono falsi, se si verifica uno *sbilancio economico* questo deve resultare. Ora, per quanto la dichiarazione del fallimento sia possibile, per regola generale, solo quando sieno constatati veri rifiuti di pagamento e solo eccezionalmente si debbano ammettere equipollenti a questi (1), trattandosi di società anonime o in accomandita per azioni può lasciarsi ai tribunali una maggiore larghezza, perchè i fatti che al rifiuto vero e proprio di pagamenti si vogliano equiparare, possono controllarsi e interpetrarsi alla luce che su essi gettano i bilanci e le situazioni mensili (se trattisi di società di credito) quando gli uni e le altre sian compilati *onestamente*.

L'indole delle obbligazioni non adempiute e per inadempimento delle quali si debba dichiarare il fallimento, è indicata dall'articolo 683 cod. di comm. che dispone la cessazione dei pagamenti dovere essere avvenuta per *obbligazioni commerciali*. Il Cuzzeri (2) sostiene che « nei riguardi delle so-

---

(1) Luciani, op. cit. pag. 278.

(2) *Il Codice di commercio italiano commentato*, vol. VII, p. 640.

cietà commerciali non si può far distinzione fra obbligazioni *commerciali* ed obbligazioni *civili* di cui è parola al detto articolo. Cotesta disposizione la quale suppone la esistenza di un patrimonio *civile* nettamente distinto dal patrimonio *commerciale*, se può avere una ragione d'essere nel fatto del commerciante che non paga un·debito di natura civile, non può sostenersi nei rapporti di una società commerciale, la quale non ha patrimonio sociale all'infuori del capitale e delle operazioni che formano lo scopo della sua costituzione. » Questo ragionamento non ci sembra esatto, nè questa conclusione accettabile. Non ci sembra che sia esatto il dire che la distinzione contenuta fra operazioni civili e commerciali nell'articolo 683 supponga l'esistenza di un patrimonio civile distinto da un patrimonio commerciale. Noi crediamo che il CUZZERI sia caduto in questa inesattezza trascinatovi da alcune parole che si trovano nei lavori preparatorii (1) ove si giustifica la distinzione che poi si fece nell' articolo 683 dicendo: « Il commerciante non cessa perchè tale, di essere cittadino, e perciò non solo può avere, ma spesso ha una amministrazione privata, separata dall'amministrazione commerciale. È vero che tutti i suoi atti si presumono commerciali, ma appunto

(1) *Atti della Commissione nominata con l'incarico di studiare le disposizioni e modificazioni concernenti il nuovo Codice di Commercio*, n. 760.

perchè l'articolo 3 del codice vigente ammette la prova contraria resultante dall' atto scritto, la coesistenza di separati rapporti commerciali e civili può far nascere il dubbio se la cessazione dei pagamenti dipendenti dai rapporti civili possa produrre il fallimento. » Ma ciò non toglie che la distinzione fra operazioni commerciali o no, di cui all'articolo 683, per la possibilità della dichiarazione del fallimento, si fondi sopra il carattere commerciale o no dell'atto, carattere indipendente affatto dalla separazione del patrimonio commerciale dal patrimonio civile di un commerciante; non essendo escluso (la cosa è intuitiva) che anche con mezzi tratti dal patrimonio commerciale possa un commerciante porre in essere un'operazione civile. Ora, per quanto si riferisce alla questione di fronte alle società commerciali ed al loro fallimento, il vero, ed unico punto è questo: una società commerciale può porre in essere un'operazione civile? Teoricamente e praticamente, la risposta affermativa s'impone: così p. es. per citare un fatto facile a verificarsi, una banca può a fine d'anno distribuire a scopo di beneficienza una parte dei suoi utili; non è negabile la natura essenzialmente civile che ha questo atto. Suppongasi che una società commerciale, una banca popolare, si obblighi a partecipare ad un'opera di beneficienza per una determinata somma e che poi non faccia onore a questo suo impegno perchè

le mutate sue condizioni finanziarie la pongano nella impossibilità di disporre a quello scopo della somma per cui si era obbligata: qui si ha, certissimamente, un'obbligazione civile assunta da una società commerciale; ed il rifiuto di adempierla per impossibilità di farlo, costituisce, con altrettanta certezza, una cessazione di pagamenti. Ma volendosi applicare la legge come si deve applicarla, non si può per il rifiuto di tal pagamento, per tale cessazione di pagamenti, pronunciare il fallimento della società (1).

Per la determinazione della data della cessazione dei pagamenti si applicano alla società le regole stesse applicabili ad ogni altro commerciante; quindi la cessazione stessa può farsi risalire sino a tre anni dalla dichiarazione del fallimento (art. 704). Stabilito pei fallimenti di ogni commerciante un determinato periodo di tempo come limite massimo per la retrodatazione (e noi crediamo che il poter far risalire a tre anni la data della cessazione sia un andar troppo oltre) (2), è perfet-

---

(1) Confr. nel senso sostenuto nel testo il Duvivier, op. cit. pag. 44, il quale, però, si limita a dire che « il faut aussi que le réfus de paiement porte sur des dettes commerciales. Une société qui refuserait simplement de payer une dette civile ne pourrait pas être declarée en faillite ».

(2) Questa è opinione molto diffusa (confr. anche Cuzzeri, op. cit. pag. 132), che fu accettata dalla sottocommissione che studia le riforme al Codice di commercio nella parte relativa al fallimento.

tamente giusto che esso debba essere sempre il medesimo pei singoli e per gli enti sociali, anche se trattisi di società a responsabilità limitata; la distinzione, a questo effetto, fra il caso del fallimento di un commerciante singolo (o società a responsabilità illimitata) e quello di una società a responsabilità limitata, non vediamo come potrebbe fondarsi; si vorrebbe così trovare come il contrappeso della limitazione di responsabilità in una più lontana indagine sulle operazioni presunte fraudolenti? Si vorrebbero così colpire gli amministratori perchè, quasi sentendosi tutelati dalla limitata responsabilità dell'ente amministrato, sottrassero anche questa, tortuosamente, ai creditori? (1).

Ma con il prolungare, pel caso di società a responsabilità limitata, il periodo entro cui la cessazione dei pagamenti può accertarsi, non si raggiungerebbe niente di ciò; perchè l'effetto della determinazione della cessazione dei pagamenti ad un'epoca anteriore a quella della dichiarazione del fallimento, si è di rendere nulli certi atti posteriori alla data della cessazione dei pagamenti (art. 707), di farne presumere fraudolenti altri, e

---

(1) In queste interrogazioni riassumiamo alcuni dubbi che intorno alla giustizia di parificare in questo argomento le società a responsabilità limitata agli altri commercianti sono prese in esame, mentre stiamo scrivendo, dalla sottocommissione mentovata nella nota precedente, e che ci furono comunicate cortesemente dal prof. LODOVICO MORTARA, membro della stessa.

quindi annullarli, quando in mancanza di prova contraria (art. 709) e quando nel caso in cui il terzo contraente conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti (art. 709).

Ciò posto, ci sembra evidente che prolungando il termine per la retrocessione della data della cessazione dei pagamenti, si vengono a colpire i terzi che hanno contrattato con la società a responsabilità limitata e non gli amministratori; ora, i terzi che si verrebbero così a colpire in che cosa, noi domandiamo, si differenziano dai terzi che abbiano, nello stesso periodo, contrattato con un commerciante singolo, poi fallito? E allora perchè sottoporli ad un trattamento differente, e più rigoroso? Per la limitata responsabilità della persona con cui trattarono? Ma essa come e perchè deve prendersi in considerazione all' *unico effetto* (e quando anche non fosse unico, certo è principalissimo) di porre una distinzione, ed a tutto loro danno, fra i creditori di quella persona, e in genere i terzi che contrattarono con essa, e i creditori di un singolo commerciante, ed in genere i terzi che contrattarono con lui?

Gli amministratori che si vorrebbero colpiti, e che di essere colpiti meritassero per avere cooperato ad una sottrazione delle garanzie attribuite a tutti i creditori, non lo sarebbero affatto, per diverse ragioni; principalmente per questa che ci sembra ne assorba ogni altra: la nullità degli atti posti in essere durante la cessazione dei pagamenti

dalla società a responsabilità limitata, poi fallita, è stabilita dagli articoli 707 e 709 presumendosi la frode nei terzi; tale frode consiste nell'avere essi avuto conoscenza che, date le condizioni in cui la società si trovava, quelli atti avrebbero danneggiati gli altri creditori. Ora che ciò conoscessero i terzi può presumersi; ma per gli amministratori si ha qualcosa di più della presunzione; i terzi estranei all'amministrazione della società *potevano* conoscere la condizione di questa, gli amministratori la *conoscevano necessariamente*. Ma della presunzione di aver conosciuto il danno che gli altri creditori avrebbero dagli atti ricevuto, si parla negli articoli 707 e 709 Cod. di comm. per quanto *si riferisce ai creditori da quelli atti favoriti;* per quanto, invece, si riferisce agli amministratori, di cotesti atti la legge non si occupa che per la responsabilità di quelli nell'averli arrecati, nell'avere cooperato ad arrecarli, o nel non avere impedito che fossero arrecati — e per tenerli obbligati a rifonderne chi ne fu colpito.

Siamo dunque in un altro campo, tutto affatto diverso, quando si tratta della responsabilità degli amministratori, da quello della nullità degli atti fraudolenti. La retrodatazione della cessazione dei pagamenti è, adunque, una cosa che non riguarda per nulla gli amministratori, avendo solo per oggetto gli atti posti in essere fra la società ed i terzi, atti suscettivi di revoca, perchè e quando fatti in frode dei creditori.

b) COMMERCIALITÀ DELL' ENTE SOCIALE.

Per la dichiarazione del fallimento di una società la nostra legge richiede che essa sia commerciale. Parrebbe che ciò fosse una conseguenza, senz'altro, del principio seguito dalla nostra legge per cui il fallimento è applicabile solo ai debitori aventi la qualità di commercianti: la stessa distinzione che si ha a questo effetto fra commercianti e non commercianti parrebbe dovesse, e per gli stessi motivi, valere anche fra società commerciali e società civili.

Invece, consiglierebbero, secondo alcuni, l'applicazione delle disposizioni tutte che son proprie al diritto commerciale anche alle società civili alcune ragioni unicamente di utilità; il modo della costituzione delle società e la forma, propria a quelle commerciali, che possono prendere le società civili (1); e specialmente il fatto che alle società civili non essendo applicabile *la liquidazione* vera e propria, con le relative garanzie, nel caso di insolvenza di esse la situazione che ne sorge è delle più intricate e piene di inconvenienti; tanto che, in ispecial modo quando si tratti di grandi società, o si provvede con leggi speciali, come accadde in

---

(1) KUNZE, *Princip und System der Handelsgesellschaften* nella *Zeitschrift fur das gesammte Handelsrecht,* vol. VI, pag. 188.

Francia per la società di Panama, o si va avanti fra continue incertezze e non si arriva mai, o quasi, ad una soluzione soddisfaciente (1). Per queste ragioni in Francia, dove la situazione in cui si trovò la società di Panama, servì di ammaestramento, la nuova legge del 1° agosto 1893 ha disposto all'articolo 68 che « quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages de commerce »; e quindi tali società, benchè civili, possono essere dichiarate in fallimento (2).

Per la nostra legge è espressamente dichiarato che solo alle società commerciali è applicabile il fallimento (art. 224 cod. di comm.) e quindi sarebbe contrario ad essa il tentare, per dare qualche garanzia ai creditori di una società civile insolvente, la creazione, che ebbe fortuna presso la giurisprudenza francese, di una procedura analoga a quella della liquidazione delle società commerciali, pel caso d'insolvenza delle società civili.

Il ragionamento seguito fu questo: la liquida-

---

(1) LYON-CAEN, nel *Bulletin de la société de legislation comparé,* 1875, pag. 242.

(2) Confr. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial,* pag. 33 dell'*Appendice au tome second,* ove si sostiene che l'articolo 68 si riferisce solamente alle società anonime ed in accomandita per azioni.

zione è più specialmente nell'interesse dei soci, avendo per iscopo sopratutto di metter l'attivo sociale in istato di esser repartito, dopo aver provveduto al pagamento del passivo; ma se il passivo si trova superiore all'attivo, se la società è in istato d'insolvenza, lo scopo viene a trovarsi completamente cambiato; l'interesse dei soci passa in seconda linea, poco loro importando del modo in cui l'attivo sarà realizzato e distribuito fra' creditori. Questi, al contrario, sono i principali interessati alla buona amministrazione dell'attivo che rimane, poichè da ciò dipende se potranno ottenere di più o di meno: quindi lo scopo da raggiungere è *di realizzare e ripartire l'attivo fra' creditori nel modo migliore per essi* (1); ma il patrimonio di una società civile insolvente è abbandonato ai creditori che si presentano, come quella di un privato qualunque; i primi che riescono a fare degli atti esecutivi e portarli a termine, pagandosi, sono ben pagati — e peggio per i creditori lontani, peggio per i creditori ignari della condizione del loro debitore. Per rimediare a questo inconveniente si è ricorsi, in Francia, al sistema di nominare alle società civili insolventi un liquidatore con l'ufficio di pagare i creditori sociali *pari passu.*

Ma questo era un attribuire ai tribunali la fa-

---

(1) MONTEGUT, *Essai sur la liquidation des sociétés en droit français*, pag. 95.

coltà di creare una nuova specie di esecuzione sui beni del debitore civile, dalla legge non contemplata; e questo è già troppo grave; inoltre, le operazioni di una tal liquidazione prendono per la forza delle cose un carattere e un andamento tutto differente da quello della liquidazione delle società commerciali; infatti, supposta la insolvibilità delle società civili, i soci rimarranno interessati in un certo senso e in una certa misura al pagamento dei debiti, specie se si tratti di soci a responsabilità illimitata; ma in definitiva gli interessati veri sono i creditori, perchè dalla liquidazione attendono un dividendo; quindi è naturale che alla liquidazione cooperino i creditori.

Ma ciò è in contradizione con il concetto di liquidazione delle società; i tribunali francesi che ammisero questo sistema dovettero riconoscere che i creditori possono provocare la nomina dei liquidatori e che questi, come mandatari di quelli, possono esercitare certe azioni personali a questi (1).

Il principio dell'applicabilità del fallimento alle sole società commerciali rende facilmente risolubile in senso negativo la questione, che fu esattamente, ma con motivazione affatto insufficiente, risoluta da un nostro tribunale (2), la questione

(1) MONTEGUT, op. cit. pag. 100 e segg.

(2) *Riforma giuridica,* II, 248. In senso contrario, LUCIANI op. cit. I, pag. 219.

cioè se un'opera pia possa essere dichiarata in fallimento.

Commerciante è chiunque fa atti di commercio per professione abituale; e quando si dice professione si implica, necessariamente, il concetto di atti di commercio diretti ad uno scopo di speculazione.

Ora, mal si concepisce, fuori del caso di un'opera pia, un ente che con esercizio continuato e ripetuto ponga in essere operazioni commerciali, ma non col fine di speculazione; anzi non si concepisce affatto. Ma nel caso di opere pie che per il loro particolare carattere facciano abitualmente, in modo che sembri indurre il concetto di professione abituale, atti di commercio, tale possibilità si concepisce benissimo: non si comprende invece la coesistenza di questi due termini: opera pia e scopo di speculazione.

Perchè, bisogna dirlo subito, altro è lo scopo di lucro diretto a raggiungere, a sua volta, uno scopo che non è, e non può essere di speculazione, ed altro è lo scopo di lucro per il lucro, che si richiede perchè si possa parlare di commercianti; noi comprendiamo che questa distinzione non sempre si possa fare, poichè la legge vuole che si guardi a ciò che apparisce dall'atto, non a quello che è nelle intenzioni dell'agente: così se un filantropo, con lo scopo di aumentare l'entità di un patrimonio da lui destinato a scopo di beneficenza, si

pone ad esercitare un commercio, diviene un commerciante, benchè lo scopo ultimo che si propone sia, nell'intenzione sua, la beneficienza e non la speculazione. Ma ognun vede la differenza grandissima fra questo caso e il caso di un'opera pia; il filantropo può cambiare opinione e quindi destinazione agli utili derivatigli dall'esercizio del commercio; ma nel caso di opere pie, invece, lo scopo di beneficienza, che tutti conoscono, perchè dell'essenza dell'istituto, *necessariamente* sarà mantenuto, sia pure modificato il carattere dell'opera, oppure anche venga questa disciolta. In un'opera pia si ha dunque uno scopo da raggiungere, che è l'opposto dello scopo che si propongono gli enti commerciali; i corpi morali, di cui il codice ammette la personalità, sono quelli *che hanno uno scopo sociale ed una causa di esistenza perpetua od almeno indefinita* (1); ne viene quindi che gli atti commerciali posti in essere abitualmente da un'opera pia, sono da considerarsi come mezzi per raggiungere lo scopo sociale che l'opera pia stessa si propone, ed in essi non si può riscontrare lo scopo di lucro, condizione necessaria a riscontrarsi in un ente, perchè divenga commerciale.

In senso contrario sembra essersi pronunziata la Corte d'Appello di Cagliari con sentenza del dì

---

(1) *Relazione della Comm. del Senato sul progetto del primo libro Codice civ.* in *Racc. dei lavori prep. Cod. civ.* I, 182.

1° novembre 1889 (1), che dopo aver riconosciuto che l'istituto del Credito Fondiario « non fu mosso dal nudo concetto del guadagno, ma piuttosto dalla nobile veduta di rendere un servizio al paese, migliorandone le condizioni in rapporto alla proprietà fondiaria » soggiunse che « ciò non esclude che nell'interesse dell'istituto e del credito che ne costituisce l'essenza, avvenga la negoziazione dei suoi titoli, e pel suo migliore vantaggio si autorizzi esplicitamente l'impiego dell'avanzo procedente dalle operazioni di credito. Così è chiaro che il lucro *non sia fine a se stesso,* ma mezzo di immegliare le condizioni dell'istituto e che si attiene anche in questa veduta con operazioni che sono essenzialmente commerciali »; e ne concluse perciò che gl'istituti del credito fondiario sono enti di indole commerciale e possono perciò essere dichiarati in fallimento.

Ma se questa conseguenza era giusta per le ragioni svolte dal Vidari in un suo pregevole scritto (2), il ragionamento della Corte era errato: se lo scopo del credito fondiario non fosse la speculazione (ed il Vidari ha dimostrato che lo è) come fine a se stessa, ma come mezzo per ottenere un fine di utilità generale, gli istituti che lo eser-

---

(1) *Diritto commerciale,* VII, 914.

(2) *Se quelli di credito fondiario sono istituti commerciali,* nel *Diritto commerciale,* VI, 769 e segg.

citano non potrebbero divenire commercianti, perchè non si potrebbe mai dire che essi esercitano il commercio per professione abituale, quest'ultima espressione implicando il concetto di speculazione come fine. D'altronde, il codice di commercio con la disposizione dell'articolo 8 ci sembra escluda implicitamente, ma chiaramente, che un'opera pia possa divenire commerciante e quindi cadere in fallimento; si legge, infatti, in cotesto articolo che sono commercianti coloro (cioè le persone fisiche) che esercitano atti di commercio per professione abituale *e le società commerciali;* quindi non lo sono e non lo possono divenire le altre persone giuridiche.

Per gli stessi motivi e per altri tratti dalla legge sulle Casse di Risparmio del 15 luglio 1888 e relativo regolamento 4 aprile 1889, deve negarsi che sia possibile dichiarare il fallimento di una Cassa di Risparmio che si trovi in istato di cessazione di pagamenti (1); la quale può soltanto porsi in liquidazione con le norme stabilite dalla legge e regolamento suddetti. Manca alle Casse di Risparmio il carattere di enti commerciali, cioè esse non cercano una fonte stabile di guadagno in una serie continuata di affari commerciali, anzi « quantunque abbiano una personalità giuridica propria e

(1) Confr. in questo senso: PAPA D'AMICO, *Le casse di risparmio sono enti commerciali?* nel *Diritto commerciale*, 1895, 800.

sieno enti morali, pure in fondo funzionano non nell'interesse proprio ma dei deponenti (1) ».

Quanto alle società cooperative, queste possono essere commerciali o civili secondo l'oggetto della loro impresa; sono commerciali quando esercitano atti obbiettivi di commercio (2), sono civili negli altri casi; solamente quando sono commerciali possono essere dichiarate in fallimento.

§ IV.

Associazioni commerciali.

Le associazioni commerciali sono soggette al fallimento? Distinguiamo le due specie di associazioni che disciplina il nostro codice di commercio: l'associazione in partecipazione e l'associazione di mutua assicurazione.

La prima ha luogo quando un commerciante od una società commerciale dia ad una o più persone o società una partecipazione negli utili e nelle perdite di una o più operazioni o anche dell'intiero suo commercio (art. 233 cod. di comm.); essa non può venir dichiarata in fallimento perchè non costituisce rispetto ai terzi un ente collettivo distinto dalle persone degli interessati, ed i terzi non hanno diritti e non assumono obbligazioni che

---

(1) PAPA D'AMICO, op. cit. pag. 802.
(2) VIVANTE, *Trattato,* II, pag. 12.

verso colui col quale hanno contrattato. Solo l'associante può fallire ed in caso di suo fallimento gli associati sono ammessi al passivo del fallimento per quella parte dei fondi da essi conferiti che possono provare non assorbita dalle perdite per la quota che sta a carico loro (art. 850 cod. di comm.).

Questa soluzione non è stata mai contestata e cade in equivoco il CUZZERI (1) quando dice: « Di fronte a queste ovvie considerazioni è vano obbiettare che le associazioni in partecipazione possono assimilarsi nei suoi lineamenti esteriori ad *una società irregolare in nome collettivo*, mancante di ragione sociale, come sostiene il SACERDOTE, *Società di fatto* nel *Diritto Commerciale* 1887, 319 e la Cassazione di Firenze, 16 febbraio 1888, nel *Diritto Commerciale* 1888, 689, per dedurne che, come contro la società di fatto, così contro l'associazione in partecipazione è possibile dichiarare il fallimento ». Nell'articolo citato del SACERDOTE non troviamo fatto cenno, neppure lontanamente, dell'opinione alla quale il CUZZERI allude e la citata sentenza della Cassazione di Firenze dice una cosa che sarà o non sarà esatta, ma non ha niente a che fare con la conclusione che il CUZZERI attribuisce alla Corte; questa, infatti, si è limitata a stabilire che

(1) Op. cit. n. 990.

« anche l'associato il quale non contrattò coi terzi, può rimanere responsabile quando col suo contegno abbia fatto nascere nel pubblico la ragionevole opinione di essere egli unito con quello che operò in una vera società ed abbia tratto in inganno i terzi, inducendoli a supporre l'esistenza di essa. »

La seconda, cioè l'associazione di mutua assicurazione, che ha per iscopo di dividere fra gli associati i danni cagionati dai rischi che sono oggetto dell'assicurazione, costituisce rispetto ai terzi un ente collettivo distinto dalle persone degli associati (art. 239 cod. di comm.) — e, poichè è un ente commerciale, può pronunziarsene il fallimento; è un ente commerciale, perchè nell'art. 3 cod. di comm. è detto esplicitamente che le assicurazioni *anche mutue* sono atti di commercio obbiettivi ed è naturale che l'ente che si è costituito con l'*unico* scopo di porre in essere atti di commercio sia commerciale.

Ma l'art. 8 cod. di comm. pone fra i commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale e le società commerciali; non le associazioni: se, dunque, i soli commercianti sono sottoposti al fallimento, e poichè dalla legge le associazioni non sono poste fra i commercianti, come potrà dichiararsene il fallimento?

La formula della legge non impedisce che, conforme allo spirito di essa, possa dichiararsi il fallimento delle mutue assicuratrici, perchè è lecito

ritenere, come dice il VIVANTE (1), che nel dettare l'articolo 8 del codice di commercio il legislatore abbia compreso fra le società commerciali anche le associazioni, che per la loro affinità sono regolate nel medesimo titolo e spesso sono evidentemente comprese in quella espressione di società. La logica del sistema vigente in cui le Mutue figurano continuamente nel gruppo più vasto delle società costringe ad annoverarle fra queste.

§ V.

Società irregolari.

Perchè possa dichiararsi il fallimento devesi avere una persona, fisica o giuridica, che ne sia il soggetto; la società quindi può cadere in fallimento in quanto abbia una individualità propria; noi svolgemmo questo concetto sin dalle prime pagine del nostro lavoro.

Tenendo questo concetto per guida, esaminiamo se può dichiararsi il fallimento delle società commerciali irregolari.

Il VIVANTE, che su tali società ha fatto uno studio originale e profondo, partendo dalla definizione

---

(1) *Il contratto d'assicurazione*, vol. I, pag. 94; nello stesso senso: BOLAFFIO, *Il Cod. di comm. ital. commentato*, vol. I, pag. 165; PERRONE, *Della assicurazione mutua (forma privata)*, pag. 146.

ch'egli dà delle società commerciali (1) « persone giuridiche costituite mediante contratto allo scopo di speculare col patrimonio conferito dai soci esercitando atti di commercio », dice che il solo contratto che fu pubblicato solennemente può fornirle di personalità giuridica: tale opinione non ci sembra giusta. Ammesso che una società sia una persona giuridica, si potrà dire proprio che una società irregolare non abbia tale personalità? Fino a che uno o più soci non fanno dichiarar sciolta la società, questa esiste; di fronte ai terzi che abbiano interesse a considerare la società irregolare esistente, la società esiste pure; orbene, in questi casi *se la società esiste*, deve esistere con i caratteri essenziali della società, primo dei quali si è di avere la personalità giuridica.

Se invece si ammette che una società irregolare, pure esistendo come società anche di fronte ai terzi, non sia *una persona giuridica,* si viene ad ammettere, ci pare, che non sieno necessariamente due termini inseparabili quelli di *società commerciale* e *persona giuridica.*

Il VIVANTE spiega il suo concetto osservando (2) che devesi negare alla società irregolarmente costituita la capacità di ricevere per donazione e per testamento; ciò si giustifica facilmente, se-

---

(1) *Trattato*, I, pag. 395.
(2) Op. cit. vol. I, pag. 325.

condo il VIVANTE stesso, considerando che la società non ha esistenza legale e che i terzi, quali sarebbero ad esempio gli eredi legittimi spogliati della successione, possono considerarla come inesistente. Ma questo argomento non ci sembra persuasivo: i terzi possono sempre considerare la società irregolare come inesistente, quindi come mancante di personalità e capacità a succedere; ciò non ci sembra, però, escluda nell'opinione di chi, come il VIVANTE, ammette che le società commerciali costituiscono persone giuridiche, la capacità di una società irregolare a succedere (quindi che sia persona giuridica) nel caso che i terzi non eccepiscano la irregolarità. Tanto è vero che il VIVANTE medesimo (1) ammette la possibilità del fallimento delle società di commercio irregolari perchè « il vero si è che anche la società illegalmente costituita *è un ente collettivo di fronte ai terzi.* » Ora, perchè *questo ente collettivo* non deve considerarsi una persona giuridica, una volta che la più forte ragione per sostenere che le società di commercio sono persone giuridiche si è che esse costituiscono *enti collettivi?*

Le società irregolari non sono un ente medio fra le società esistenti e le società inesistenti, per la contradizione che non consente la contemporanea esistenza e non esistenza di una persona.

---

(1) Op. e vol. cit. pag. 350.

La loro condizione è questa: esse sono esistenti; i terzi però possono rifiutare di sottoporsi alle condizioni che di fronte a loro produrrebbe il fatto che la società irregolare *esiste*.

Data tale *esistenza*, sia nei rapporti fra'soci, sia nei rapporti con i terzi, con la limitazione ora detta, pare logica e necessaria la conseguenza che le società irregolari possano dichiararsi in fallimento (1).

Di fronte alla nostra legge per una precisa disposizione, espressa proprio per il caso pel quale sarebbe davvero giustificabile il dubbio, è ammissibile tale fallimento; infatti, per l'articolo 836 codice di commercio, nel caso di fallimento di una società in accomandita per azioni ed anonima *irregolari*, son puniti gli amministratori e i direttori che non adempirono le formalità per la regolare costituzione delle società in quell'articolo richiamate. Ammesso il fallimento delle società in accomandita per azioni ad anonime irregolari, *a*

---

(1) In questo senso VIVANTE, op. cit. I, pag. 351 e la giurisprudenza ivi citata, nonchè ERRERA, *Il fallimento delle società irregolari* nel *Diritto commerciale*, 1890, 785; in senso contrario: VIDARI, op. cit. n. 8879; LUCIANI, op. cit. n. 107. Per la dottrina e giurisprudenza tedesca, le società a responsabilità illimitata, anche se fu omessa la loro iscrizione nel registro delle società, possono dichiararsi fallite: confronta FRANKL, op. cit. pag. 26 e la decisione dell'Imp. Trib. Supr. di commercio, *Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts*, XII, pag. 412.

fortiori devesi ammettere che sia possibile dichiarar quello della società in nome collettivo ed in accomandita semplice, irregolarmente costituite: su ciò, e data la disposizione dell'articolo 863, nessun dubbio è possibile.

Ma a questo punto ci sembra necessario (riservandoci di esaminare a suo luogo quali sieno gli effetti, per quanto si riferisce alla responsabilità dei soci, del fallimento delle diverse specie di società commerciali irregolari) di ricercare quando una società di commercio irregolarmente costituita *esiste*.

Quanto alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, la mancanza dell'atto scritto, il non contenere questo certe indicazioni, la mancanza delle formalità di pubblicazione ecc. rendono la società irregolarmente esistente — ed è ammissibile di dimostrare l'esistenza della società con ogni mezzo di prova, anche con testimoni, benchè manchi ogni principio di prova per iscritto. Come dice il VIVANTE (1) « qui la sanzione pel difetto della scrittura non consiste, come pur vorrebbe la regola generale, nella limitazione della prova testimoniale, ma nel diritto conceduto ad ogni socio di *chiedere lo scioglimento della società;* questa sanzione più rigorosa esclude la prima. »

Quanto alle società anonime ed in accomandita

---

(1) Op. cit. vol. I, pag. 347.

per azioni, secondo alcuni « fino all'adempimento delle pubblicazioni legali la società anonima non esiste affatto come persona giuridica » : così il VIVANTE (1), così l'ERRERA (2); salvo che per il primo, seguito dalla gran maggioranza, l' atto pubblico non è richiesto *ad substantiam* per la costituzione delle società per azioni, mentre lo è per l' ERRERA.

Secondo il MANARA, invece, che nel suo scritto *Considerazioni intorno la interpretazione dell' articolo 98 del codice di commercio* (3), ha dato una nuova orientazione alla questione delle società irregolari, rendendo perplessi anche coloro che credevano di aver formato in modo definitivo la loro opinione sulla questione, sostiene che l'articolo 863 cod. di comm. dimostra nel modo più eloquente che anche le società anonime esistono ed esistono come enti collettivi, quantunque non siano legalmente costituite. È innegabile che a tutti coloro che si occuparono prima del MANARA della condizione giuridica delle società anonime irregolarmente costituite, era sfuggita la importanza che ha per la questione la disposizione dell'articolo 836. Ma l'opinione dell' illustre professore genovese non ci sembra accettabile, come è da lui esposta; d'altra parte, dopo le sue considerazioni critiche, l'opinione, che

(1) Op. cit. I, n. 394.

(2) *Diritto comm.* II, 293.

(3) Estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, vol. XLVIII, p. 9 dell' estratto.

può dirsi oggi prevalente, della non esistenza delle società anonime od in accomandita per azioni irregolarmente costituite, non ha più base.

Noi ci permettiamo di proporre una soluzione, che tien conto del contributo portato dal MANARA. Noi crediamo che l'opinione prevalente vada rettificata nel senso che la mancanza delle formalità di pubblicazione ecc. richieste dalla legge, non toglie che una società anonima od in accomandita per azioni sia esistente, benchè irregolarmente, e quindi possa dichiararsi in fallimento; *ma devesi considerar l'atto pubblico di costituzione* essenziale per l'esistenza delle società anonime ed in accomandita per azioni — e quindi, in mancanza di quello, la *società è inesistente e non può dichiararsi in fallimento.*

Intanto, dai motivi della legge resulta quello che il VIVANTE (1) sostiene, cioè che la nullità delle società anonime e in accomandita per azioni per mancanza *dell'atto pubblico* (veramente il VIVANTE dice *della pubblicità legale*, ma il progetto MANCINI all'articolo 97, al quale il VIVANTE si richiama, diceva che « le società anonime non esistono come tali se non sieno state costituite con atto pubblico ») non fu nel codice *esplicitamente* dichiarata per render possibile la distinzione fra *contratto di società* e *persona giuridica*, quello esi-

(1) Op. cit. vol. I, pag. 424, nota 56.

stente, fra soci, malgrado la mancanza dell' atto pubblico, questa non esistente se l'atto pubblico manca; ed il Manara stesso non nega, pur notando le incertezze dei compilatori del codice, che quanto dice il Vivante, relativamente ai motivi, sia esatto (1).

Ora dato ciò, che spiega il silenzio della legge come intendimento del legislatore di sanzionare il principio della non esistenza delle società anonime ed in accomandita per azioni, in mancanza dell' atto pubblico; il principio che il Manara sostiene della loro esistenza, malgrado che tale atto sia mancante, non si può dedurre che dalla disposizione dell'articolo 836 cod. di comm. e unicamente da questo: quindi tale principio può e deve accettarsi nei limiti e nel senso che da quell'articolo è reso indispensabile; orbene, l'articolo suddetto parla di condanna degli amministratori e dei direttori di società anonime ed in accomandita per azioni nel caso di fallimento di queste società, benchè irregolarmente costituite; ma in quali casi, ma per quali irregolarità? Per il caso in cui non siano state eseguite le pubblicazioni ordinate dalla legge, non già per il caso in cui non sia stata costituita la società per atto pubblico; vedasi infatti quali articoli richiama, e quali non richiama l'articolo 863; richiama gli articoli 91, 92, 94, 95, 96 cod.

(1) Op. cit. pag. 18.

di comm. che si riferiscono alla pubblicazione dell'atto costitutivo della società, *ma non richiama l'articolo 97, che è quello che dispone che le società anonime ed in accomandita per azioni debbono costituirsi per atto pubblico*... Dunque? Dunque è naturale concludere dalla disposizione dell'articolo 863, che essendo possibile la condanna degli amministratori e direttori di società anonime ed in accomandita per azioni per non avere eseguito le pubblicazioni dalla legge ordinate, quando le società stesse sieno dichiarate in fallimento, ne viene che una società anonima od in accomandita per azioni può fallire, cioè esiste, malgrado che dette pubblicazioni non sieno state eseguite. Ma, ripetiamolo e si noti, a questa conclusione si viene, e *unicamente* secondo noi si può venire, in forza della disposizione dell'articolo 863. Perchè si potesse, seguendo lo stesso processo logico, concludere che una società anonima o in accomandita semplice può fallire, quindi esiste, anche se non fu costituita per atto pubblico, bisognerebbe che si avesse una disposizione di legge per cui venissero condannati gli amministratori per non aver provveduto che si costituisse per atto pubblico la società quando questa venisse dichiara fallita; ma siccome questa disposizione non esiste, a quella conclusione non si può venire.

Praticamente, poi, anche ammessa, senza la notevole restrizione che noi vi apportiamo, la teoria

del Manara, dovrebbesi pur sempre arrivare a quanto noi sosteniamo, cioè alla necessità dell'atto scritto se non a quella dell'atto pubblico, per potersi dichiarare il fallimento di una società anonima od in accomandita per azioni e per potersi dire che esiste, benchè irregolarmente.

Di vero; ammettiamo, in via d'ipotesi, che possa considerarsi esistente una società di tal genere, malgrado che non esista un atto scritto per la sua costituzione, cioè che questo non sia richiesto a pena di nullità; per l'articolo 87 cod. di comm. « le società in accomandita per azioni e le società anonime debbono costituirsi per atto pubblico »; ma per l'articolo 53 stesso codice « quando... il codice (di commercio) richiede la prova per iscritto, non può ammettersi la prova per testimoni fuorchè nei casi in cui è permessa secondo il codice civile »; ossia — articolo 1341 cod. civ. — « non è ammessa la prova per mezzo di testimoni di una convenzione sopra un oggetto il cui valore ecceda le lire cinquecento ». Conclusione: le società anonime ed in accomandita per azioni, se manca l'atto scritto delle loro costituzione, possono — ed è sempre in via d'ipotesi che ragioniamo — provarsi esistenti per mezzo di testimoni se si tratta, e solo quando si tratta, di società non aventi un capitale superiore alle lire cinquecento. Ma chi vorrà concepire che si costituisca una società anonima od in accoman-

dita per azioni, in tali condizioni? La questione si risolverebbe, dunque, necessariamente, nel fatto, sempre nel senso da noi sostenuto. A meno che non si affermi che la limitazione della prova non sia ammissibile qui, come abbiam veduto che non è ammissibile per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice; ma a noi sempre evidente che nel caso nostro non si abbiano ragioni per porre tale limitazione, analoghe a quelle che il VIVANTE ha dimostrato esistere per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice.

§ VI.

Tribunale competente.

Il tribunale competente a dichiarare il fallimento di una società commerciale si è quello nella cui giurisdizione *la società ha la sua sede,* la quale deve essere indicata nell'atto costitutivo sia delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice (art. 88, n. 2), sia delle società anonime ed in accomandita per azioni (art. 89, n. 1).

Per *sede* della società, quando avvenga che la sede amministrativa e il centro in cui gli affari si svolgono non coincidano, dovrà intendersi la sede amministrativa od il centro degli affari?

Per regola generale il concetto di *sede* di una società corrisponde a quello di domicilio di un in-

dividuo (1) e quindi la sede della società agli effetti anche della dichiarazione del fallimento deve reputarsi nel luogo dove la società applica e concentra la sua maggiore attività, dove abbia il centro dei suoi affari; poichè, come dice egregiamente il VIDARI (2), quello a cui si deve principalmente aver riguardo, non è già tanto dove i soci, per loro comodo, si riuniscono insieme per trattare gli affari sociali, quanto dove effettivamente tali affari si compiono, poichè questo costituisce l'oggetto principale di un'impresa, e non già la esistenza accidentale degli uffici amministrativi, piuttosto in un luogo che in un altro.

La giurisprudenza francese che spesso ha avuto occasione di esaminare questo punto, ha giustamente deciso che le indicazioni della *sede* fatta negli atti costitutivi debbono considerarsi come insufficienti; è alla sede *reale* che deve aversi riguardo, al luogo cioè dove la società ha il centro maggiore dei suoi affari.

Vi sono, però, degli esercizi speciali pei quali deve convenirsi che la *sede*, cioè lo stabilimento principale, non è necessariamente là dove l'esercizio d'una società è il più attivo e importante.

---

(1) App. Milano, 30 novembre 1883, *Dir. commerciale,* 1884, 265; VIDARI, op. cit. n. 8893; CUZZERI, op. cit. n. 996, pag. 640. Vedasi in DUVIVIER, op. cit. pag. 216 lo stato della dottrina e giurisprudenza francese, prevalentemente nel senso da noi sostenuto.

(2) Op. e loc. citati.

È così che per le società di trasporti la stazione principale non è la sede della società; è così che le principali compagnie di navigazione francesi hanno la loro sede incontestata a Parigi, benchè il loro esercizio qui non esista neppure, che le due principali società ferroviarie italiane hanno la loro sede a Firenze e a Milano, indipendentemente dalla importanza delle loro stazioni. In questi casi è là dove si centralizzano l'attività e l'influenza economica della società, là dove tutte le sue operazioni ricevono l'impulsione direttrice, là infine dove si trovano riuniti in un modo normale e permanente tutti gli elementi costitutivi del suo credito; è là la sede per quelle società, per le quali il centro dei loro affari non può determinarsi in base al numero di questi, ma avendo riguardo anche agli elementi, cui abbiamo accennato (1).

La questione, ha molta importanza per quando si tratti di pronunziare in Italia il fallimento di una società straniera; ammesso che per sede agli effetti della competenza dovesse intendersi la *sede amministrativa*, una società, fissando a suo piacimento la sede dell'amministrazione sociale, potrebbe sottrarsi alla competenza dei nostri tribunali per la dichiarazione del fallimento (2).

---

(1) Confr. De Molènes, *De la faillite des sociétés par actions*, pag. 114.

(2) Confr. specialmente su questo punto il Lyon-Caen nel *Journal des Sociétés*, 1880, pag. 36.

Nel caso che la società abbia mutato sede senza provvedere alle pubblicazioni di cui all'articolo 96 cod. di comm. la *sede* della società, agli effetti della competenza per la dichiarazione del fallimento, sarà quella *reale* al momento della dichiarazione, sarà cioè nel luogo ove, in quel momento, la società si troverà ad avere il suo domicilio, cioè il centro dei propri affari. Dice a questo proposito giustamente il CUZZERI (1): la legge è partita da un criterio pratico e dall'ipotesi della concordanza della sede giuridicamente principale con la sede economicamente e commercialmente principale: nel caso che cotesti due elementi di prevalenza della *sede* siano disgiunti in rapporto a tutti gli altri stabilimenti di una società, deve prevalere il criterio economico-commerciale al criterio giuridico, perchè è là dove si trova accentrata la maggior copia di affari che riescirà più facile, più economica e più sollecita la procedura del fallimento.

---

(1) Op. cit. pag. 642.

§ VII.

Come e da chi la dichiarazione di fallimento può provocarsi.

Il fallimento della società può, come ogni altro fallimento, esser pronunziato su domanda del debitore, a richiesta di uno o più creditori, o d'ufficio.

Il fallimento può provocarsi o mediante ricorso o con citazione, da notificarsi, questa, a chi ha la rappresentanza della società. Ogni socio a responsabilità illimitata ha diritto d' intervenire nel giudizio iniziato per la dichiarazione del fallimento sociale, avendovi evidente interesse (art. 201 cod. proc. civ.); qui, infatti, non si tratta semplicemente di una causa vertente fra la società ed i terzi, nella quale l' intervento dei soci è escluso, compenetrandosi l'interesse del socio con quello della società, in modo che egli non è *terzo* quando è in causa la società, bensì è già virtualmente parte in causa e vi agisce per mezzo di legittima rappresentanza. Ma nel caso di giudizio iniziato per la dichiarazione del fallimento, la condizione è diversa, perchè dall'esito di quello dipende direttamente la dichiarazione del fallimento dei soci a responsabilità illimitata, i quali per l'interesse immediato diretto e personale che hanno ad evitare la dichiarazione del loro fallimento, che devesi pro-

nunziare con la sentenza stessa che dichiara quello della società, debbono essere ammessi ad intervenire in causa per tutelare cotesto loro interesse personale (cioè diverso da quello che ha la società, e neppure virtualmente in quello compreso) non potendosi essi considerare come rappresentati in causa dagli organi sociali.

Può il fallimento essere pronunziato su domanda della società che si trovi in istato di cessazione dei pagamenti, presentata per mezzo dei suoi organi legittimi.

Gli amministratori hanno il dovere, entro i tre giorni dalla avvenuta cessazione dei pagamenti, di presentare la domanda per la dichiarazione del fallimento della società (art. 146 e 686 cod. di comm.) con la sanzione, in caso di mancanza, della pena indicata nell'articolo 863 cod. di comm. Ma dovrà essere il consiglio di amministrazione a fare la domanda per la dichiarazione, di cui all'articolo 146, oppure potrà farla anche un singolo amministratore?

Il Vidari (1) dice che « se è il fallimento denunciato dagli amministratori non è necessario che tutti concorrano in tale denuncia, quando anche essi non abbiano facoltà di agire separatamente; perchè, pur dato il dovere in genere di agire collettivamente, si fa eccezione per gli atti urgenti

(1) Op. cit. n. 881.

la omissione dei quali possa cagionare grave e irreparabile danno alla società. E la denuncia del fallimento è uno appunto di codesti atti. » Non possiamo intieramente convenire in questa opinione; ammettiamo bensì che in casi d'urgenza possa anche un solo amministratore presentare la domanda per la dichiarazione del fallimento; ma ci sembra debba non già dirsi che tale domanda è di per sè un atto urgente; ma che possa, in determinati casi, essere tale; in questi casi, quando cioè la domanda per la dichiarazione di fallimento debba presentarsi e non siavi il tempo per adunare il Consiglio per deliberare sulla domanda stessa, anche l'amministratore che non abbia facoltà di agire separatamente potrà fare l'istanza per la dichiarazione del fallimento. Ma ci sembra necessario chiarire un punto, assai importante: se il Consiglio d'amministrazione della società, adunato per pronunziarsi intorno alla opportunità o alla necessità di presentare al tribunale l'istanza per la dichiarazione di fallimento, delibera di non presentare tale istanza, questa non potrà presentarla, in veste di rappresentante della società, qualcuno degli amministratori dissidenti da questa deliberazione, poichè è come organo sociale che l'amministratore ha veste per presentare la istanza per la dichiarazione del fallimento della società, e tale veste, indubbiamente, non può avere una minoranza del Consiglio d'amministrazione dissi-

dente da una deliberazione legalmente presa dalla maggioranza. È vero che per il disposto dell'articolo 863 cod. di comm. sono puniti giusta la prima parte dell'articolo 861 gli amministratori che entro tre giorni dalla cessazione dei pagamenti non abbian presentata la domanda di dichiarazione del fallimento della società; ma tale disposizione va combinata 1° con il principio che le deliberazioni sociali sono prese dalla maggioranza e non dalla minoranza — mentre che se potesse, quale rappresentante della società, un membro del Consiglio d'amministrazione presentare la domanda per la dichiarazione di fallimento, mentre che la maggioranza ha deliberato di non presentarla, sarebbe il voto della minoranza che prevarrebbe su quello della maggioranza; 2° con il disposto dell'art. 149 cod. di comm. pel quale « la responsabilità per gli atti o le omissioni nelle società aventi più amministratori non si estende a quello di essi, che, essendo esente da colpa, abbia fatto notare senza ritardo il suo dissenso nel registro delle deliberazioni, e ne abbia data notizia immediata per iscritto ai sindaci »; tale disposizione si applica anche per il caso ora esaminato, la disposizione essendo amplissima e avendo per iscopo appunto di liberare da ogni responsabilità sia civile che penale dipendente dalla esecuzione della deliberazione presa, gli amministratori dissidenti che ad essa si uniformino. Ad ogni modo, quando la

deliberazione della maggioranza degli amministratori sembri ad uno dei dissidenti pericolosa e dannosa, potrà sempre denunciare, di tale atto assumendo tutta la responsabilità, al presidente del tribunale del luogo ove la società ha la sua sede, il suo voto di dissidenza ed i motivi che lo determinarono (al presidente del tribunale, diciamo, per analogia a quanto dispone l'articolo 689, pel quale gli uscieri ed i notari debbono a lui notificare l'elenco dei protesti fatti nel mese), acciocchè, se del caso, si provveda al fallimento dal tribunale, d'ufficio. Ma questa *denuncia,* che d'altronde ogni cittadino potrebbe fare, non ha niente a che vedere con la *domanda* per la dichiarazione di fallimento che gli amministratori possono fare come organi sociali. Questo, quanto alle società anonime ed a quelle in accomandita per azioni.

Quanto alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, benchè la opinione contraria sia comunemente accolta, a noi sembra che solo i soci amministratori (nel caso che manchino patti speciali si presume che i soci si sieno data reciprocamente la facoltà d'amministrare l'uno per l'altro) possano presentare la domanda per la dichiarazione del fallimento perchè, considerando la cosa dal punto di vista dottrinale, essi soli hanno la rappresentanza della società e, considerando la cosa dal punto di vista pratico, essi solamente, come quelli che hanno la direzione della società, cono-

scono gli affari tutti ed essi soli han quindi la possibilità di avere un'idea esatta della situazione in cui la società si trova, sono in grado di giudicare se si è proprio di fronte ad una vera cessazione dei pagamenti, e quindi alla necessità del fallimento, oppure se questo può evitarsi con beneficio della società e senza danno dei terzi. Se più saranno gli amministratori, ma fu pattuito che l'uno non possa fare alcuna cosa senza l'altro, — l'amministrazione quindi debba essere esercitata collettivamente (1) in modo che se uno solo di essi si rifiuta ad un atto questo non può porsi in essere — la soluzione cui il principio nostro porta, sembra piena di gravi inconvenienti; pure, crediamo che anche qui debba il principio applicarsi, salvo agli amministratori che credono il fallimento necessario di denunciare al presidente del tribunale l'avvenuta cessazione dei pagamenti ed il dissenso fra essi e gli amministratori perchè, se del caso, il tribunale dichiari d'ufficio il fallimento; e salvo ad ogni interessato di chiedere lo scioglimento della società con la nomina di un liquidatore, affinchè questi provveda. Il Vidari (2) è di opinione diversa e dice: «...ove l'amministratore o gli amministratori lasciassero trascorrere infruttuosamente il termine per quella denuncia (per denuncia

---

(1) Vivante, op. cit. vol. I, pag. 361.
(2) Op. e loc. citati.

il VIDARI intende la domanda di cui all'art. 146) potrebbero essere anche ritenuti colpevoli di bancarotta semplice. Difatti: o sono amministratori di società in nome collettivo od in accomandita semplice, e poichè il fallimento della società determina anche quello dei singoli soci a responsabilità solidale ed illimitata; così l'obbligo che spetta ad ogni commerciante di denunciare il proprio fallimento spetta pure a tali amministratori, e sotto la minaccia delle medesime sanzioni » (1). Ma questo argomento non riesce a persuaderci; perchè il fallimento dei singoli soci è una conseguenza del fallimento della società; ma non è una conseguenza dello stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovino, realmente, anche i soci; quindi il doversi al fallimento della società far seguire anche quello dei soci, non implica l'obbligo in questi di denunciare il proprio fallimento, l'obbligo essendo per l'articolo 658 cod. di comm. di denunciare la propria cessazione dei pagamenti — e questi non sono necessariamente cessati anche pei soci, perchè in istato di cessazione dei pagamenti si trova la società; il fallimento della società farà poi sorgere la presunzione della cessazione dei pagamenti dei singoli soci illimitatamente responsabili, e quindi

---

(1) Il RAMELLA, *Le società di commercio in rapporto alla legge penale*, pag. 245, non fa riprodurre, su questo punto, le parole stesse del VIDARI.

il loro fallimento; ma questa è un'altra cosa, ci sembra, da quella accennata nella sua argomentazione dall'illustre scrittore citato.

L'inconveniente che la nostra soluzione indubbiamente porta con sè, è quello stesso che si verifica quando non tutti i soci sono amministratori, o lo sono con l'obbligo di procedere collettivamente, per tutti i casi in cui un atto necessario, un contratto utile per la società non può porsi in essere o concludere per l'opposizione di un solo.

Alla ragione, tratta dal pericolo di condanne penali, rispondiamo che la disposizione dell'articolo 857 cod. di comm. si riferisce unicamente alle persone che avevano obbligo di fare la dichiarazione dell'avvenuta cessazione dei pagamenti: e quindi lascia impregiudicata la questione intorno a quali sono queste persone.

Anzi, pare che dalla gravità stessa della disposizione penale dell'articolo 857, si possa trarre un argomento di qualche valore a prò dell'opinione nostra; come è ammissibile che si *puniscano* e non lievemente, tutti i soci responsabili illimitatamente delle obbligazioni sociali, per non aver fatto la denuncia, entro i tre giorni prescritti, che questa aveva cessato i pagamenti, anche se non erano amministratori (e la legge ammette che potessero non esserlo) e quindi si trovavano, o si potevano trovare, nella impossibilità di conoscere il fatto da denunciare? È logico, ed il contrario sarebbe

iniquo, ammettere dunque che i soci non amministratori, e aventi responsabilità illimitata, non abbiano l'obbligo della denuncia dell'avvenuta cessazione dei pagamenti e quindi non sia contro essi applicabile la disposizione penale dell'art. 857.

Ma ammesso ciò, ammesso che il fatto solo di essere soci illimitatamente responsabili non porta con sè l'obbligo della denuncia della cessazione dei pagamenti — viene da sè, come conseguenza, la esattezza dell'opinione che noi sosteniamo per il caso di più amministratori aventi l'obbligo di procedere collettivamente; poichè, tolta la difficoltà che potrebbe venire a questa soluzione dall'esistere l'obbligo in ogni socio a responsabilità illimitata di far la denuncia della avvenuta cessazione dei pagamenti da parte della società (quindi dall'esistere tale obbligo in ogni amministratore, *come socio*), l'opinione nostra si impone pel fatto che la denuncia stessa deve farsi dagli amministratori, nella loro qualità di organi sociali, ed in tale qualità non possono agire che collettivamente, quando ciò è pattuito.

L'istanza per la dichiarazione del fallimento deve e può presentarsi anche quando la società trovasi in liquidazione (art. 207), questa essendo fatta con lo scopo principale di definire i rapporti fra'soci, sia pure mezzo necessario, a ciò ottenere, la definizione dei rapporti esistenti fra la società ed i terzi; mentre che il fallimento si pronunzia per salvaguardare gli interessi dei terzi.

Ma si dovrà dire che l'obbligo di far pronunziare il fallimento della società, quando questa si trovi in istato di cessazione dei pagamenti, incomba ai liquidatori precisamente come incombe agli amministratori ed ai gerenti di una società commerciale non disciolta e come, in generale, incombe ad ogni commerciante? Gli unici scrittori che si occupino della questione, il Pic (1) ed il Duvivier (2), sembrano negare in senso troppo assoluto che i liquidatori abbiano un tale obbligo, affermando che il far dichiarare il fallimento della società è tutto al più una facoltà loro conceduta dalla legge; ora, noi comprendiamo che la condizione di una società in liquidazione renda molto delicata la posizione dei suoi rappresentanti e li renda molto guardinghi nel promuovere il fallimento; se i soci sciolsero la società e la misero in liquidazione appunto per evitare il fallimento, evidentemente i liquidatori male adempirebbero al loro mandato se promuovessero il fallimento anche quando vedessero la possibilità di salvaguardare i diritti dei creditori senza ricorrere a quel passo estremo e quando i creditori si dimostrassero disposti ad evitarlo. Ma se invece i liquidatori, fatto l'inventario, scorgessero che la condizione della società è disastrosa, che la liquidazione non si può

---

(1) Op. cit. pag. 65.
(2) Op. cit. pag. 78, nota 3.

chiudere col soddisfacimento integrale di tutti i creditori sociali, noi crediamo che i liquidatori mancherebbero al loro dovere se non promuovessero il fallimento della società che abbia sospeso i pagamenti, ponendo così i creditori nella condizione di potere, col mezzo del curatore, provvedere alla tutela dei loro diritti.

Così pure, noi crediamo che quando l'attivo della società non supera in modo serio il passivo, i liquidatori non debbano (se non vogliano incorrere in grave responsabilità personale) pagare i crediti scaduti a danno degli altri; con il denaro che essi hanno disponibile debbono pagare tutti quanti i creditori in proporzione; però, se questi non accettano tale sistema di pagamento, se i creditori i cui crediti sono già scaduti pretendono di essere pagati integralmente ed immediatamente, niuno può loro negare il diritto di chiedere ed ottenere il fallimento della società, questa avendo realmente cessato di pagare; ma i liquidatori (i quali dovrebbero rispondere di fronte ai soci se il loro rifiuto di pagare i debiti scaduti non fosse stato ragionevole) dovrebbero e potrebbero, nel caso di cui ora facemmo parola, promuovere il fallimento della società? Lo potrebbero perchè il fatto solo della cessazione dei pagamenti è sufficiente per rendere obbligatoria, da parte del tribunale, la dichiarazione di fallimento; non crediamo però che lo dovrebbero in tutti quei casi nei quali il paga-

mento integrale ed immediato dei debiti sociali scaduti sia da essi sospeso, quantunque avessero il denaro sufficiente per estinguerli, per un motivo di prudenza, ma non per il convincimento che le condizioni del patrimonio sociale rendessero impossibile il soddisfacimento, pieno ed intiero, del passivo sociale.

Gli amministratori ed i liquidatori, presentando la domanda di fallimento, devono accompagnarla dalla indicazione dei nomi di tutti i soci obbligati illimitatamente ed in solido.

Oltre che dalla società stessa, può la dichiarazione del suo fallimento essere provocata dai creditori, fra questi comprendendo, naturalmente, anche i portatori di obbligazioni sociali.

Tale diritto non spetta ai creditori particolari di un socio (1). È bensì vero che si ammette (2) che la nomina dei liquidatori possa promuoversi dai creditori particolari dei soci, i quali hanno interesse che la liquidazione si compia per potere essere pagati dei loro crediti; con la distinzione che tale facoltà mentre si deve riconoscere nei creditori particolari del socio di una società in nome collettivo, o dell'accomandatario, non si possa riconoscere nei creditori particolari di un socio di

(1) Cuzzeri, op. cit. pag. 642.

(2) Marghieri, *Il Codice di comm. it. comm.* III, n. 1131; Sraffa, op. cit. pag. 78.

una società anonima o di un accomandante, per la stessa ragione che ai primi sì e non ai secondi si accorda il diritto di fare opposizione contro la deliberazione dei soci di prorogare la società oltre il termine stabilito per la sua durata (art. 102 cod. di comm.); per la ragione cioè che mentre i primi possono solamente far valere i loro diritti contro la società disciolta sulla quota ad essi spettante nella liquidazione e possono solo sequestrare tale quota, i secondi possono non solo sequestrare, ma anche vendere le quote od azioni spettanti al loro debitore (art. 85). Dalle ragioni, che abbiamo appositamente enunciate, per cui si accorda ai creditori particolari di alcune specie di soci di promuovere la liquidazione della società, si scorge subito che non vi può essere nessuna analogia fra questo caso e quello di fallimento.

I soci, come tali, possono provocare il fallimento a danno della società?

Il THALLER (1) ha sostenuto, con un sottile ragionamento, l'affermativa a favore degli azionisti; l'azionista, egli disse, ha un serio interesse a far porre sotto sequestro giudiziario il patrimonio sociale; il fallimento può portare a dei componimenti e ristabilire gli affari compromessi, mentre che se si lascia che le cose seguano il loro corso, tutto sarà finito.

---

(1) *Jurisprudence commerciale* cit. loc. cit. pag. 293, n. 2.

Ma, poi, domandava il Thaller, perchè rifiutare all'azionista la qualità di creditore? Egli non lo è, sicuramente, in prima linea; egli non può farsi ammettere al passivo del fallimento a lato degli altri aventi diritto. Ma egli può vantare delle pretese per un eventuale dividendo, per il caso in cui la liquidazione ciò renda possibile, ed è nel suo interesse di ottenere con una misura conservativa, questo dividendo, che rappresenta, in definitiva, un vero credito; si comprenderebbe che si rifiutasse all'azionista il diritto di domandare il fallimento se per ciò si richiedesse la giustificazione di un credito liquido ed esigibile; ma dacchè si permette ad ogni creditore, anche condizionale, di domandare il fallimento, la teoria perde la maggior parte del suo valore. In somma, concludeva il Thaller, l'azionista si trova in una situazione mista; fa parte della società, in quanto è comproprietario del fondo sociale, ne è al di fuori, in quanto ha delle pretese da far valere contro la società; in luogo di rifiutargli un diritto comune al debitore ed al creditore, non ci sarebbe invece doppia ragione di accordarglielo?

Per quanto questa costruzione sia ingegnosa, e per quanto grande sia l'autorità e la competenza dell'illustre commercialista francese, noi dobbiamo respingere, recisamente, la conclusione cui egli giunse.

La legge ammette solo il debitore ed i suoi cre-

ditori a presentare la domanda per la dichiarazione del fallimento; ora un azionista è... un azionista, cioè non è un creditore come non è il debitore. Neppure possiamo concedere che l' azionista sia creditore solo dopo il disinteressamento completo dei terzi (1); poichè, ammesso ciò, il discorso del Thaller sarebbe fondato, l'azionista essendo un creditore, sia pure in sott'ordine. Il vero si è che l'azionista ha diritto ad un dato dividendo sul patrimonio sociale, depurato questo dai debiti della società; e tale diritto sorge *finita la liquidazione della società,* cioè *finita la società;* in modo che creditore non può mai esser chiamato, perchè il suo diritto sorge quando la società, cioè il preteso debitore, ha finito di esistere. Insomma gli azionisti non sono, come tali, creditori della società, come i comunisti non sono, come tali, creditori della comunione.

Questa conclusione non deve, naturalmente, applicarsi anche al caso degli azionisti non presi più individualmente, ma deliberanti in assemblea generale regolarmente convocata e costituita. L'assemblea, che è l'organo supremo a mezzo del quale la società vuole e agisce, può deliberare che si provochi il fallimento della società, malgrado l'opposizione degli amministratori e dei liquidatori. Giustamente fu sostenuto che, anche quando si

---

(1) Duvivier, op. cit. pag. 78, il quale, del resto, non accetta l'opinione del Thaller.

tratti di società in accomandita per azioni, l'assemblea abbia cotesta facoltà, malgrado l'opposizione dell'accomandatario, benchè il fallimento di questo segua necessariamente il fallimento delle società (1).

Quello che non ci sembra da accettare si è la ulteriore conseguenza che da ciò si volle trarre, che cioè, presa tale deliberazione, ogni azionista abbia il diritto di provocare la dichiarazione del fallimento (2). Se con ciò s' intende, come pare, di dare agli azionisti la facoltà di domandare essi la dichiarazione del fallimento della società, in esecuzione della deliberazione presa dall'assemblea, si dice cosa inammissibile; riconosciamo invece, che ogni azionista avrà il diritto di ricorrere alle vie giudiziali per obbligare gli amministratori ad eseguire la deliberazione presa dall'assemblea intorno alla dichiarazione di fallimento, nello stesso modo, ed alle stesse condizioni, che tale diritto ha per quanto si riferisce alla esecuzione di ogni altra deliberazione legalmente presa dall' assemblea dei soci.

Ma negato, come generalmente si nega, all'azionista, come tale, il diritto di domandare il fallimento della società, questo diritto si accorda invece, pure generalmente, al socio che indipendentemente

(1) De Molènes, op. cit. pag. 107.
(2) De Molènes, op. cit. pag. 108.

dai suoi rapporti come socio, sia creditore della società a qualunque altro titolo (1).

Quanto agli azionisti il principio non ci sembra seriamente contestabile. L'Esnault (2) lo combatte per il caso in cui l' azionista sia venuto a conoscenza dello stato di cessazione dei pagamenti in cui la società si trova, perchè « il n'est donné à personne d'abuser de la confiance volontaire ou forcée d'autrui »; ma ognun vede come sia poco consistente questa ragione, che, sotto l'apparenza e con l'intenzione di tutelare la buona fede, porta ad offenderla — poichè se la cessazione dei pagamenti esiste, gli amministratori debbono denunciarla, e se non lo fanno, e si limitano a fare delle confidenze agli azionisti, mancheranno doppiamente al loro dovere. Ma, poi, seguendo questo ordine di idee dove si andrebbe a finire? A rifiutare il diritto di chiedere la dichiarazione del fallimento di un commerciante a quel suo creditore al quale egli invece di pagare i suoi debiti scaduti, facesse, confidenzialmente, la confessione di non poterli pagare, e confidenzialmente, gli desse i dati comprovanti che ha già cessato i pagamenti: « il n'est pas donné à personne d'abuser de la confiance volontaire ou forcée d'autrui ».

Il principio che l' azionista il quale sia anche

---

(1) Pic, op. cit. pag. 66.

(2) *Traité des faillites et banq.* I, pag. 137.

creditore della società, possa domandarne il fallimento, è una conseguenza necessaria della individualità giuridica delle società commerciali e della conseguente possibilità che essa contratti con i soci, come con qualsiasi altra persona: e non è in contradizione con nessun principio di diritto positivo.

Il Vidari (1) dicendo, in termini molto ampi, che se alcuno dei soci fosse creditore della società indipendentemente dalla sua qualità di socio, non vi è dubbio che, al pari d'ogni altro creditore, potrebbe domandarne il fallimento, ammette che anche un socio illimitatamente responsabile possa, nella sua qualità di creditore, presentare tale domanda.

Per quanto i motivi che ci han fatto accettare la soluzione affermativa pel caso dell'azionista si abbiano anche pel caso del socio illimitatamente responsabile, e per quanto grande sia l'autorità di un'opinione del Vidari, noi (pur riconoscendo la grave disputabilità della questione) propendiamo per la soluzione negativa, sembrandoci che la condizione speciale giuridica dei soci illimitatamente responsabili sia di ostacolo alla soluzione accettata dal Vidari; non riesciamo, infatti, a concepire che

---

(1) Op. cit. n. 8882. Nello stesso senso il Masé-Dari, *Del fallimento,* vol. II, pag. 403 del *Nuovo Codice di commercio commentato.*

una persona possa domandare il fallimento di un suo debitore, quando il fallimento di questo porta necessariamente il suo fallimento per la presunzione che quel fallimento sia conseguenza della impossibilità di pagare in cui egli, il creditore, si trovi.

Non ci sembra, malgrado anche recenti tentativi in contrario, che sia seriamente contestabile ai soci assicurati non soddisfatti di chiedere il fallimento delle associazioni mutue assicuratrici: il motivo principale che si adduce contro questa soluzione si è che essi cessano di essere creditori, quando la Mutua ha esaurito tutto il fondo delle contribuzioni raccolte. Alle ragioni, molto concludenti, esposte contro questa opinione dal VIVANTE (1), desunte dalla natura stessa delle Mutue e dal fatto che se un ente commerciale potesse evitare il fallimento perchè non deve più nulla quando ha esaurito i suoi capitali come si dice a difesa delle Mutue, nessuna società a responsabilità limitata potrebbe fallire perchè nemmeno essa deve più nulla quando ha esaurito il capitale sottoscritto; alle ragioni molto concludenti del VIVANTE, si può aggiungere questa: che il supporre che il fallimento sia domandato dai soci assicurati quando la Mutua ha esaurito tutto il fondo delle contribuzioni raccolte, è supporre che per

(1) *Trattato,* II, pag. 49.

la dichiarazione del fallimento si richieda la sparizione d'ogni attività sociale, invece della semplice cessazione dei pagamenti; cotesto caso estremo potrà verificarsi, come si potrà dare che una società qualunque di commercio, ed un qualunque commerciante, si trovi in un dato momento ad aver esaurita ogni sua attività; ma è il caso normale che devesi prendere in considerazione ed è il fatto della cessazione dei pagamenti che deve tenersi per base.

In un recente scritto (1) si è tentato di negare la facoltà ai soci assicurati di chiedere il fallimento della Mutua assicuratrice, arrivando fino a negare che l'associato abbia mai un credito verso la società, esagerando il concetto (superato dallo svolgimento oggi raggiunto dalle Mutue assicuratrici) che tale associazione compia esclusivamente una funzione distributrice.

Partendo da questo concetto si deve necessariamente giungere a negare che, almeno per la cessazione dei pagamenti verso i soci, possa dichiararsi neppur d'ufficio il fallimento delle Mutue assicuratrici, quando detta cessazione sia notoria e provata: e ciò perchè è il fatto stesso del debito che si nega, è il fatto stesso dell'*obbligo di pagare* che si contesta e si esclude — e quindi si

(1) Chiaradia, *Il fallimento dell'associazione di Mutua assicurazione*, nel *Diritto commerciale*, 1893, 494.

viene ad escludere la possibilità di parlare di *cessazione di pagamenti.* Il principio che si combatte porta a questa conclusione, necessariamente, che non si possa pronunziare d'ufficio il fallimento di una Mutua assicuratrice che non paga i suoi assicurati; ma questa conclusione è tanto assurda, che il principio da cui dipende non può essere logico, come non è conforme allo spirito della legge.

Finalmente, il fallimento di una società può pronunziarsi dal tribunale d'ufficio se, come dice l'articolo 688, sia notorio o se per altri mezzi siavi sicura notizia che un commerciante abbia cessato di fare i suoi pagamenti.

A qualcuno è sembrato che la dichiarazione di ufficio sia specialmente pericolosa nel caso di società; così il THALLER (1): « Les recriminations soulevées dans l'histoire financière de ces dernières années par la mise en faillite d'office d'une société qui fît grand tapage tendent à prouver bien plutôt que ce droit d'intrusion conféré à la justice présente de sérieux périls. Ou à prétendu, à tort ou à raison, que, sans la precipitation du tribunal à intervenir, la debâcle pouvait encore être conjurée... Il ne faut pas que des magistrats respectables puissent être exposés au reproche d'avoir noyé les gens en voulant les sauver: la loi sur ce

(1) *Faillites,* II, 170.

point est à refaire ». Noi non dividiamo questi timori, nè ci associamo a questa ultima opinione; i più gravi pericoli che il prolungarsi di uno stato di cessazione dei pagamenti da parte di una società, senza che intervenga il fallimento, può arrecare, più notevoli e vari essendo gli interessi in questione; specialmente il pericolo che per salvare i creditori più insistenti si provveda precipitosamente creandone, ingannando, dei nuovi, aggravando il male col prorogare la denuncia della cessazione dei pagamenti; e d'altra parte la possibilità, cui già accennammo, di avere notizie dello stato della società da atti cui queste debbono dare pubblicità, ci fanno reputare opportuno che il tribunale possa, d'ufficio, pronunziare il fallimento delle società.

Certo si è, comunque, che in Italia non si ha esempio che i tribunali abbiano precipitato delle catastrofi finanziarie pronunciando d'ufficio fallimenti di società: tutt'altro, tutt'altro; ci basti ricordare le sentenze dei nostri tribunali (1) che, malgrado la chiara parola della legge, malgrado ogni ragione di equità, di fronte ad una vera cessazione di pagamenti quale era quella degli istituti di emissione che si rifiutavano al cambio dei loro biglietti in moneta metallica, dichiaravano la incompetenza dell'autorità giudiziaria a pronunziarsi.

---

(1) Trib. di Torino, 9 giugno 1892, *Diritto comm.* 1892, 695.

§ VIII.

Fino a quando può pronunziarsi il fallimento delle società.

Ci resta ora ad esaminare fino a qual momento potrà dichiararsi fallita una società commerciale. Un commerciante singolo può esser dichiarato in fallimento dopo che siasi ritirato dal commercio, purchè entro cinque anni da tale avvenimento e purchè la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l'esercizio del commercio ed anche nell'anno successivo per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo (art. 690 cod. comm.); anche di un commerciante morto può dichiararsi il fallimento entro un anno dalla morte (art. medesimo).

Per le società già vedemmo come può dichiararsi il fallimento di quelle in liquidazione, la liquidazione non distruggendo la società, nè togliendo al patrimonio sociale il carattere di patrimonio separato da quello dei soci.

Una importante questione si è quella se possa dichiararsi il fallimento di una società commerciale un anno dopo che sia stata posta in liquidazione.

La Corte di Appello di Catania con sentenza del 15 maggio 1893 (1) ha deciso che una società

(1) *Foro It.* 1894, I, 158.

commerciale può essere dichiarata in fallimento anche dopo un anno da che le fu accordata la moratoria.

È da accettarsi questa opinione, che ci sembra, però, possa essere sostenuta con argomenti più persuasivi di quelli su cui la sentenza citata si è fondata.

Si è sostenuto dal CARNAZZA (1) che « come del commerciante persona fisica, non può dichiararsi il fallimento cinque anni dopo che si ritirò dal commercio, e un anno dopo la morte, così del commerciante società commerciale, persona giuridica, non può dichiararsi il fallimento cinque anni dopo lo scioglimento volontario (2), un anno dopo lo scioglimento necessario o la estinzione della personalità giuridica ». La Corte di Catania che sembra non respingere il principio che una società disciolta non possa dichiararsi in fallimento decorso un anno dallo scioglimento, si limita a negare che la moratoria accordata ad una società ne produca lo scioglimento.

Per noi è il principio stesso che una società disciolta non possa dichiararsi fallita decorso un anno dallo scioglimento, che deve rigettarsi assolutamente; mentre invece ci sembra che se durante

---

(1) *Foro It.* loc. cit. in nota.

(2) Cfr. App. Roma, 9 giugno 1891, sentenza citata dal CARNAZZA, loc. cit.

la moratoria la società si pone in liquidazione, devesi la società stessa (salvi i diritti dei terzi) considerare disciolta, anche se non furono osservate le norme dettate dal codice di commercio negli articoli 197 e segg. La liquidazione dell'attivo alla quale procede, secondo la disposizione dell'art. 823 cod. comm., il commerciante, quindi la società, cui sia stata accordata la moratoria, è una cosa ben differente dalla liquidazione sociale vera e propria, intesa cioè nel senso di definizione dei rapporti che la società ha fatto sorgere fra i soci e con i terzi. La liquidazione di cui parla l'articolo 823 consiste nella vendita delle attività patrimoniali all'unico scopo di soddisfare, prima che decorra il termine della moratoria il passivo; ora, poichè, secondo il concetto della nostra legge, la moratoria può essere accordata dal tribunale solo quando l'attivo del debitore superi notevolmente il passivo, la liquidazione di cui all'articolo 823 può essere, come giustamente osserva nella sua sentenza la Corte di Catania, una liquidazione parziale, cioè una cosa tutta differente dalla vera e propria liquidazione sociale, che presuppone lo scioglimento della società. In una parola, se l'intenzione dei soci si è quella di continuare la società, dopo che la moratoria sia scaduta, la società continuerà a vivere come se la moratoria non fosse mai stata accordata, malgrado che per rendere possibile il pagamento dei debiti sia stata alienata una parte

dell'attivo. Devesi invece reputare disciolta (salvi ed impregiudicati i diritti dei terzi) la società in moratoria tutte le volte che la liquidazione dell'attivo non sia, nell'intenzione dei soci, rivolta al solo scopo di soddisfare il passivo, ma anche a quello di dare fine all'attività sociale: e ciò malgrado che non sieno seguite le regole dettate dal codice di commercio per la liquidazione delle società commerciali.

È quindi una questione tutta di fatto, il decidere se la moratoria sia stata accompagnata, oppur no, dallo scioglimento della società.

Ma anche nel caso che lo scioglimento della società abbia accompagnato la moratoria ci sembra evidente (non considerando, per ora, se l'art. 690 sia da applicarsi anche alle società disciolte, equiparandole ai commercianti morti), che di fronte ai terzi lo scioglimento non potrebbe considerarsi come avvenuto e quindi agli effetti del fallimento l'articolo 690 non potrebbe in nessun modo eccepirsi ai terzi, perchè (e l'argomento ci sembra tale da non temere obbiezioni) « lo scioglimento della società prima del termine stabilito per la sua durata non ha effetto rispetto ai terzi, se non sia trascorso un mese dopo la pubblicazione dell'atto di scioglimento » (art. 103 cod. di comm.). Dato e non concesso, quindi, che una società dopo un anno dal suo scioglimento non potesse, in forza dell'articolo 690 del codice di commercio, più di-

chiararsi in fallimento, sarebbe pur sempre necessario a tale uopo che l'atto di scioglimento fosse stato pubblicato. Nè si obbietti che la pubblicazione della sentenza che accordò la moratoria (art. 912 cod. di comm.), tenga luogo della pubblicazione dell'atto di scioglimento; poichè, come abbiamo veduto, la moratoria non produce necessariamente lo scioglimento della società cui sia stata accordata: il CARNAZZA stesso lo ammette scrivendo che « chiesta ed ottenuta la moratoria, alla società commerciale, come al commerciante persona singola, due sole vie si presentano, o approfittare della sospensione degli atti esecutivi per rimettere in ordine la propria azienda e *continuare il commercio*, oppure liquidare il proprio patrimonio ».

Ma quello che sembra da doversi assolutamente impugnare si è che lo scioglimento della società sia da equipararsi alla morte del commerciante, agli effetti dell'articolo 690 cod. di comm., e che quindi non possa dichiararsi in fallimento una società dopo un anno da che fu disciolta, precisamente come non lo può essere un commerciante dopo un anno dalla sua morte.

Intanto, una società disciolta non è una società finita; essa può dirsi finita solo al chiudersi della liquidazione. Quindi dovesse anche equipararsi la fine di una società commerciale alla morte di un commerciante per gli effetti dell'articolo 690, il

fallimento di una società non dovrebbe potersi più dichiarare, scorso un anno dal giorno in cui fu liquidata.

Il Carnazza paragona lo scioglimento volontario di una società commerciale al ritiro dal commercio di una persona singola, lo scioglimento necessario di quella alla morte di questa, e ne conclude che nel primo caso il fallimento della società non può dichiararsi cinque anni dopo lo scioglimento di essa (come non può dichiararsi del commerciante che siasi ritirato dal commercio) (art. 690) e nel secondo caso il fallimento della società non può dichiararsi dopo un anno dallo scioglimento (come non può del commerciante un anno dopo che sia morto). Ma la distinzione fra scioglimento volontario e scioglimento necessario non esiste nella legge; l'uno e l'altro scioglimento hanno i medesimi effetti, in conseguenza dell'uno e dell'altro di essi la società viene a trovarsi nella medesima condizione giuridica, entrambi debbono rendersi pubblici. (art. 90, 91, 103 cod. di comm.)

L'unica equiparazione che ci sembra possibile, agli effetti dell'articolo 690, si è quella della società liquidata al commerciante che si sia ritirato dal commercio; infatti liquidandosi una società che altro fa se non ritirarsi dal commercio? Se per render più efficace il discorso si dice comunemente che una società liquidata è una società morta, come è possibile insistere nel paragone quando con esso

si pone una distinzione fra *società morta e società che siasi ritirata dal commercio?* Se si immagina facilmente una differenza fra un commerciante morto ed un commerciante che siasi ritirato dal commercio, come si potrà immaginare una simile distinzione trattandosi di una società, la quale muore appunto ed unicamente ritirandosi dal commercio? Questo ultimo è il fatto reale; il *morire* della società non è che una espressione figurata con la quale si indica quel fatto. Di necessità, adunque, quando debbasi applicare, come nel caso nostro, il disposto dell'articolo 690 ad una società commerciale liquidata, questa dovrà considerarsi come ritiratasi dal commercio e quindi non potrà dichiararsi in fallimento mai, scorsi che sieno cinque anni dalla chiusura della liquidazione.

Ciò è d'altronde confermato dall'esame stesso dei motivi che consigliarono a porre nella legge una disposizione speciale pel caso del fallimento di un commerciante morto; motivi che non hanno ragione di essere per il caso di una società commerciale disciolta. Nel caso di morte di un commerciante si lascia soltanto un anno, dice il Vidari (1), mentre se ne lasciano cinque al commerciante che, pur vivendo, cessa dall'esercitare la propria industria, perchè in questo secondo caso si tratta di agire contro lo stesso commerciante

(1) Op. cit. n. 7638.

fallito, epperò egli va ritenuto in grado di giustificare o di chiarire la propria condotta pur dopo qualche anno dalla cessazione del proprio commercio; mentre, nel primo caso, trattandosi di agire non contro lo stesso fallito, ma contro gli eredi suoi (beneficiarî o no) è opportuno che la condizione economica di questi sia lasciata incerta il minor tempo possibile.

Si aggiunga, che se può un fatto come la morte (solo eccezionalmente dipendente dalla volontà) avere l'effetto di limitare ad un anno il periodo entro cui può dichiararsi il fallimento, non sarebbe ragionevole che tale effetto fosse prodotto da un fatto (che può essere, normalmente, tanto necessario che volontario) come lo scioglimento e la liquidazione di una società commerciale. Del resto, come sappiamo, una società non può dirsi finita, se non dopo che fu liquidata: vale a dire, che fu soddisfatto il suo passivo; ma se si domanda il fallimento di essa, ciò dimostra che il passivo non fu pagato, quindi che la liquidazione non fu eseguita. Ossia: la questione qui studiata si risolve da sè, se si pone nei suoi termini più precisi: se cioè la liquidazione (non lo scioglimento) di una società, vada equiparata, agli effetti dell'art. 690, alla morte di un commerciante singolo.

Se è chiuso lo stato di liquidazione, il Vidari (1)

---

(1) Op. cit. n. 8883.

sostiene che, estinta irreparabilmente ogni individualità giuridica, del corpo sociale più non rimarrebbero che i frammenti isolati i quali prima concorsero a costituirlo; frammenti, incapacissimi di rappresentare quel corpo, perchè spezzato il vincolo giuridico che li teneva composti in unità organica.

Ben potrà quindi — conchiude il chiarissimo scrittore — in tale ipotesi, e per il mancato soddisfacimento delle obbligazioni sociali, essere dichiarato il fallimento di ciascun socio a responsabilità solidale e illimitata — ma non già il fallimento della società.

La dottrina tedesca, posto che anche una società in liquidazione può dichiararsi in fallimento, ricerca se questo possa pronunziarsi nel caso che la società sia stata tolta dal registro commerciale senza che avesse luogo una liquidazione, e prima che la liquidazione fosse finita. Anche allora si sostiene doversi aver riguardo alla circostanza che l'esistenza di un patrimonio separato forma il fondamento del fallimento della società e che il diritto di prelazione dei creditori sociali sul patrimonio di quella non può considerarsi come dipendente dalla buona volontà dei soci; quindi fino a che i creditori non sono pagati, il patrimonio sociale ha da considerarsi separato da quello dei soci; fino allora deve ritenersi che non la esistenza o meno della società in liquidazione, ma l'esistenza del patrimonio sociale possa dare e dia occasione all'aper-

tura del fallimento della società; così che il fallimento di una società può e' deve pronunziarsi finchè un patrimonio sociale a sè sussista, non essendo, finchè questo esiste, finita ancora la liquidazione, benchè sia lo stadio formale di liquidazione già compiuto (1).

Noi crediamo che la società possa considerarsi esistente fino al momento in cui sieno definiti i rapporti della società con i suoi creditori, sino a questo momento durando lo stato di liquidazione (2); se anche i soci sono addivenuti alla divisione del patrimonio sociale la società esiste sempre e, contrariamente a quanto decide il *Concursordnung* germanico all'articolo 193 (3), può dichiararsene il fallimento, di fronte alla nostra legge. La personalità giuridica della società perdura anche durante la liquidazione; questo principio non è altro che il riconoscimento d'un fatto, del fatto cioè che fino al momento in cui i debiti sociali non sono pagati la società continua a vi-

---

(1) Confr. BEHREND, op. cit. I, pag. 588; FRANKL, op. cit. pag. 27 e le sentenze da quest'ultimo citate.

(2) In questo senso si hanno la decisione del « *Kammergerichts* » di Berlino del dì 8 aprile 1867 e le altre decisioni citate dal FRANKL, op. cit. pag. 28, nota 10.

(3) « Dopo lo scioglimento d'una società per azioni l'apertura della procedura di fallimento è ammissibile fino a che la ripartizione dell' attivo non è terminata ». A spiegazione di ciò si ricordi quanto si disse sul fallimento tedesco: esso è rivolto meno contro le persone che contro i beni.

vere perchè si addivenga alla definizione dei suoi rapporti con i terzi: questo principio non deve considerarsi come qualcosa di fondato sull'arbitrio — cioè la esistenza della società durante la liquidazione non ha da considerarsi una esistenza *formale*, ma un'esistenza *reale*, tale a malgrado che i soci e gli amministratori della società reputino questa finita e intendano che tale si consideri dai terzi. Orbene, se questo è vero, se la società esiste durante la liquidazione perchè non può cessare di esistere finchè non ha regolato i suoi rapporti con i terzi e perchè cessando essa di esistere il diritto di preferenza che sopra i suoi beni hanno i creditori sociali sparirebbe, ne viene che è al fatto se i rapporti coi terzi furono definiti, se le obbligazioni sociali furono soddisfatte che devesi aver riguardo per stabilire se una società esiste ancora, e quindi se può dichiararsene il fallimento. Che la volontà dei soci possa mettere in liquidazione una società si comprende, perchè la liquidazione non pregiudica i diritti dei terzi; ma che il volere dei soci possa distruggere la esistenza della società, questo non comprendiamo, perchè l'esistenza della società è un fatto che interessa specialmente i terzi, perchè distruggendo la società, come ente giuridico, i soci toglierebbero ai terzi, creditori della società, dei diritti acquisiti. E si noti che il fatto dei soci, la divisione cioè fra loro dell'attivo sociale, che produrrebbe la *fine* della so-

cietà, sarebbe un fatto illegittimo e, quasi necessariamente, in mala fede, preordinato cioè allo scopo di togliere ai creditori sociali quel diritto di preferenza sui beni sociali che loro accorda la legge.

Fatto tanto illegittimo che i creditori della società hanno diritto, quando la divisione avvenga in tali condizioni, di opporvisi giudizialmente (1).

Comprendiamo la gravità dell'argomento che ci si può opporre: che fondamento e che scopo ha il fallimento di una società, dopo che l'attivo ne sia stato diviso fra soci?

Quanto al *fondamento* lo troviamo nella individualità giuridica che rimane alla società, malgrado l'avvenuta divisione: si comprende che per gli scrittori tedeschi, e per la legge tedesca, che trovano il fondamento della dichiarazione del fallimento sociale nell'esistenza di un patrimonio a sè, la mancanza di questo costituisca una impossibilità per trovare un fondamento alla dichiarazione del fallimento di una società, dopo che ne sia stato diviso fra'soci l'attivo; ma ammessa la personalità giuridica delle società come fondamento del suo fallimento, finchè quella esiste, questo è possibile.

Quanto allo *scopo* riconosciamo che la dichiarazione del fallimento della società non può avere

---

(1) Confr. SRAFFA, op. cit. pag. 43.

quello di richiamare nel patrimonio sociale, ricostituendovi sopra il diritto di preferenza pei creditori sociali, quanto i soci si divisero fra loro: la società avrà, per cotesto titolo, un credito verso i soci, quindi potrà farli condannare alla restituzione; ma se questa effettivamente non avviene, (e non potrà mai compiersi da parte dei soci illimitatamente responsabili, perchè questi debbono essere dichiarati in fallimento contemporaneamente alla società e quindi non han più la disponibilità del loro patrimonio sul quale concorreranno, indistintamente, ed in proporzione dei loro crediti, i creditori particolari dei soci ed i creditori sociali) il diritto di prelezione, da parte dei creditori della società, non potrà farsi valere. Ma la dichiarazione del fallimento della società avrà sempre uno scopo, malgrado che sia già avvenuta la divisione fra soci, avrà sempre lo scopo di fare annullare tutti quelli atti coi quali posteriormente alla cessazione dei pagamenti alcuni creditori si sieno indebitamente avvantaggiati a danno degli altri, tutti quelli atti coi quali, posteriormente a tale fatto, gli azionisti e gli accomandanti siensi indebitamente avvantaggiati a danno dei creditori della società; e questo non è poco; anzi, in alcuni casi può essere moltissimo.

In conclusione, escluso il concetto che sia una finzione la esistenza della società durante la liquidazione, e cotesta esistenza ammessa e ricono-

sciuta perchè rispondente ad una realtà effettiva, il bisogno di soddisfare il passivo sociale, ne viene che una società continua ad esistere come entità giuridica, e perciò può essere dichiarata fallita, fino a che il suo passivo non è estinto.

§ IX.

Opposizione alla sentenza che pronunzia il fallimento sociale.

Alla sentenza che dichiara il fallimento possono fare opposizione chi ha la rappresentanza della società entro otto giorni dall'affissione della sentenza stessa alla porta esterna del tribunale (art. 693 cod. di comm.) ed ogni altro interessato entro trenta giorni dall'adempimento della formalità medesima (art. cit.).

Oltre che ai rappresentanti della società ed ai terzi che vi abbiano interesse, deve riconoscersi il diritto di fare opposizione anche ai soci illimitatamente responsabili (1); ci sembra che gli stessi motivi che persuadono ad ammetterne l'intervento in causa, quando il fallimento sia promosso mediante citazione, si riscontrino per accordar loro il diritto di fare opposizione alla sentenza che lo

(1) Non mai agli azionisti; confr. però, in senso contrario, una sentenza del Trib. di comm. della Senna, 17 settembre 1888 in *Révue des Sociétés,* 1889, 30.

abbia pronunziato. Inoltre, questo diritto ci sembra debba riconoscersi per un altro motivo, importantissimo. Benchè quanto ora diciamo avrebbe dovuto esporsi in altro punto di questo lavoro, la necessità di chiarire subito una questione importante e nuova ci obbliga di anticiparne la breve trattazione. Il fallimento della società produce il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, presumendosi dalla legge che il fallimento di quella sia dipeso dalla impossibilità in cui i soci si sien trovati di fornire alla società i mezzi per soddisfare alle obbligazioni assunte. Tale presunzione è *iuris et de iure;* cioè pronunziando il fallimento della società devesi pronunziare quello dei soci e, non più soggetta a rimedi la sentenza che dichiara il fallimento della società, il fallimento dei soci sta irrimediabilmente, essendo una conseguenza necessaria ed immediata del fallimento sociale. Quindi, anche se uno dei soci illimitatamente responsabili potesse offrire la prova che egli, personalmente, non si è mai trovato in istato di cessazione dei pagamenti, che il suo patrimonio è in tali condizioni che egli può immediatamente soddisfare tutti i debiti della società e tutti i debiti suoi particolari, la sentenza che dichiara il suo fallimento personale non può essere revocata, se non è revocata quella che ha dichiarato il fallimento della società; quello è una conseguenza necessaria di questo e finchè l'uno rimane, deve ri-

manere anche l'altro, a meno di un concordato speciale e a meno che non si contesti la stessa qualità di socio illimitatamente responsabile, da chi, come tale, fu dichiarato fallito.

Pronunziato il fallimento della società, il socio dichiarato fallito per ottenere la revoca del fallimento non basta che provi che il suo patrimonio è sufficiente a pagare i debiti sociali, ma deve dimostrare che la società non si è trovata in istato di cessazione dei pagamenti; ossia, il socio a responsabilità illimitata per fare revocare il proprio fallimento *deve* fare opposizione a quello della società, poichè solo con la revoca di questo può ottenere la revoca del proprio.

Ma la sua opposizione dovrà farsi entro gli otto giorni od entro i trenta di cui all'art. 693 cod. di comm.? Può farsi entro i *trenta* giorni, perchè questo articolo concede agli *interessati* tale termine maggiore, e noi riconosciamo ai soci illimitatamente resposabili il diritto di fare opposizione alla sentenza che dichiara il fallimento della società, perchè abbiam dimostrato che sono *interessati* a ciò. La legge non fa distinzione fra interessati; nè d'altra parte può ritenersi strano che poichè il fallimento della società e dei soci deve pronunziarsi con la stessa sentenza, i *soci* abbiano termini diversi per fare opposizione a questa sentenza a seconda che ne vogliano investire una parte o l'altra; di *otto* giorni se la investono nella parte

che dichiara il loro fallimento, contestando la loro stessa qualità di soci illimitatamente responsabili, di *trenta* se la investono nella parte che dichiara il fallimento sociale; non può ritenersi strano ciò, perchè nel primo caso i soci possono fare e fanno opposizione alla sentenza per contestare una loro condizione personale, quella di soci con illimitata responsabilità, mentre nel secondo contestano la esistenza delle condizioni richieste per dichiarare il fallimento della società, cioè per il primo caso agiscono come ogni fallito di fronte al proprio fallimento, nel secondo come ogni terzo di fronte ad un fallimento, nel quale abbia interesse.

PARTE SECONDA

EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE DEL FALLIMENTO

---

§ I.

Condizione giuridica della società in fallimento.

La società fallita è per alcuni, e senz'altro, una società disciolta e finita. Il più efficace sostenitore di questa dottrina è il Bonelli (1), pel quale nel fallimento d'una società non essendovi separazione patrimoniale, la personalità si trasforma, ma non si duplica e la trasformazione consiste nella sostituzione dello scopo di liquidazione (unico scopo concepibile, egli dice, per lo stato di fallimento) allo scopo sociale; quanto dire che la società come *tale* si dissolve e continua a sussistere per la ragione dello stralcio; dunque, egli conclude, società in fallimento è società disciolta e il nostro codice ha fatto benissimo a formulare questo principio al n. 4 dell'articolo 189, annoverando il fallimento della società fra le cause della sua dissoluzione.

Cominciamo da quest'ultimo punto, che è il più

---

(1) Op. cit. pag. 123.

grave: il fallimento della società ne produce proprio lo scioglimento? o lo produce solo se taluno dei soci fa valere il suo diritto di chiedere lo scioglimento?

Noi crediamo col VIVANTE (1) che se il fallimento, che può derivare da una semplice sospensione di pagamenti, mettesse capo a un inevitabile scioglimento, se ne trarrebbe un effetto sproporzionato alla causa con grave pregiudizio per l'esercizio del credito e dell'industria, affidate in massima parte alle imprese sociali. Col VIVANTE stesso, a noi sembra evidente che il sistema della legge, intento a favorire la continuazione delle società, sia in questo senso, come lo dimostra principalmente l'articolo 190 determinando quali sono le cause che producono lo scioglimento di diritto e non annoverandovi il fallimento, l'articolo 100 negando efficacia per qualsiasi rispetto ai cambiamenti non pubblicati dello statuto e quindi anche allo scioglimento che sarebbe anticipato a ragione del fallimento (2).

---

(1) *Trattato,* II, pag. 77. Nello stesso senso BOLAFFIO nella *Temi veneta*, 1895, 302; e la dottrina francese: RENOUARD, *Traité des faillites et banqueroutes,* I, pag. 307; PIC, op. cit. pag. 73; DUVIVIER, op. cit. pag. 91; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial,* II, pag. 220; DELACOURTIE, *Droits du syndic dans la faillite des sociétés par actions,* pag. 23. In senso contrario la prevalente dottrina tedesca: RENAUD, op. cit. pag. 602; FRANCKL, op. cit. pag. 38.

(2) Una sentenza del Tribunale comm. di Milano del dì 1 luglio 1887 (*Consulente comm.* 1887, 350) aveva già accettato questo

Altre disposizioni della nostra legge confermano l'opinione che la società, malgrado il fallimento, può continuare ad esistere; il Bonelli ha tentato di dimostrare che esse possono conciliarsi con il principio da lui accettato. Egli sostiene che con l'opinione da noi seguita si cade evidentemente in un equivoco, il quale consisterebbe nel credere che oltre il *patrimonio sociale* esista qualche cosa all'infuori di esso, che costituisca la società, cosicchè questa possa continuare a sussistere in qualche forma anche *dopo separatone il patrimonio sociale*. A prova di ciò egli cita le seguenti parole del Pic (1): « De même que l'individu failli n'abdique nullement sa personnalité, qu'il demeure même en principe capable de s'obliger, pourvu que ses obligations ne nuisent pas à la masse, qu'il a enfin, dans la liquidation, un certain rôle à jouer et certains droits de contrôle à exercer (parfois même un droit de veto) de même une société ne cesse pas d'exister par cela seul qu'elle est en faillite;

---

principio stabilendo che « la disposizione dell'articolo 189, n. 4 Cod. di comm. per la quale le società commerciali si sciolgono per il fallimento ancorchè seguito da concordato deve essere intesa nel senso che i soci non possono più ritenersi obbligati a rimanere in una società che è caduta in fallimento, non nel senso che la società stessa non possa più rivivere, per consenso dei soci, di fronte ai terzi e riprendere le sue operazioni dopo eseguito il concordato. »

(1) Op. cit. pag. 73.

elle conserve le droit d'agir, par l'organe de ses représentants, dans cette sphère d'action restreinte laissée par la loi a tout failli. » Contro questo ragionamento, che è sostanzialmente esatto, il Bonelli (e ci sembra opportuno riprodurne le precise parole) osserva: « Questa equiparazione fra la società fallita e l'individuo fallito è affatto insostenibile, per la semplice ragione che all'individuo non è, come alla società, presupposto indispensabile per la personalità giuridica l'attualità d'un patrimonio. O meglio la personalità della società non ha altra consistenza obbiettiva che il patrimonio sociale, mentre l'individuo è patrimonio a sè stesso. Del resto, il fallimento rendendo impossibili le operazioni sociali tutte all'infuori della liquidazione, e con esse il conseguimento dello *scopo* sociale, sopprime il centro, l'elemento unificatore e personificatore della patrimonialità sociale. Dare al patrimonio altro *scopo* è sopprimere la società come società; se la persona non cessa d'esistere è perchè si *trasforma*, non perchè vicino a lei sorga un'altra patrimonialità personale. Se si vuol continuare a chiamare *società*, la *nuova* personalità (come suol farsi coll'aggiunta per altro *in liquidazione o in fallimento*) nulla di male, purchè non si pretenda di aver dinanzi a sè una società, diremo così, *duplicata*, cioè una società in fallimento costituita dall'antico patrimonio sociale e una *società che controlla il fallimento*. Appunto

perchè il fallito come individuo è ancora una personalità patrimoniale, egli ha questo grande interesse *proprio* nella procedura del fallimento che quanto più i creditori verranno soddisfatti dalla liquidazione, tanto meno egli resterà personalmente esposto per l'avvenire (a prescindere dalle conseguenze più strettamente personali che derivano a lui da una migliore soluzione del fallimento stesso). Ma liquidato il patrimonio sociale, questo non lascia dietro di sè nessun obbligato personalmente per il residuo..... Quindi quel tale *ruolo* di controllo, perfettamente logico e giustificato nel fallito individuo, diviene un non senso nella fallita sociale. »

Appare subito che il Bonelli non ha considerato che il controllo che ha il fallito è giustificato non solo dalla responsabilità di lui per il residuo, ma anche dal suo diritto all'eventuale rimanenza patrimoniale, dopo il pieno soddisfacimento dei creditori o dopo concluso il concordato; orbene, anche la società fallita ha questo diritto all'eventuale rimanenza, quindi logicamente deve dedursi che ad essa pure spetti quel diritto a controllare le operazioni di fallimento che spetta ad ogni fallito. Il Bonelli (1) rispondendo a questa nostra obbiezione, osservò come la persona che ha, eventualmente, diritto alla rimanenza non è la società; perchè società fallita, egli dice, è società *finita;* l'avanzo

---

(1) *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. VIII, pag. 281.

patrimoniale, egli aggiunge, potrà permettere, se vuolsi, la costituzione di una nuova società; *non certamente la continuazione dell'antica.* Ma questa risposta non è riescita a persuaderci; una società fallita vive allo scopo di definire i rapporti con la massa dei creditori, durante il fallimento, e, finito questo, se i soci si valgono del loro diritto di far sciogliere la società, continua a vivere fin che non sia compiuta la liquidazione dei rapporti fra i soci; se di tale diritto non si valgono, la società continua come prima del fallimento.

Noi non diciamo che durante il fallimento si abbia una società *duplicata*, cioè una società in fallimento costituita dall'antico patrimonio sociale e una società che controlli il fallimento. Si ha una società, alla quale si sovrappone il fallimento; e ci sembra sia una concezione tutt'altro che strana quella di una società fallita che sia rappresentata dal curatore quando i suoi interessi coincidono con quelli della massa, e che abbia una rappresentanza speciale quando abbia un interesse *suo*, in opposizione con quello della massa, da far valere; ci sembra che sia naturale l'ammettere che una società fallita, superata la crisi con un concordato o forse anche con l'integrale pagamento dei suoi debiti, ritorni nello stato in cui si trovava anteriormente al fallimento (quando i soci non intendano venire allo scioglimento) e possa, rinsanguata da nuovi capitali, continuare nel commercio senza

necessità che si addivenga ad un nuovo atto di costituzione, si paghi la tassa relativa alla costituzione della società e si adempia a tutte le formalità di pubblicazione ecc. necessarie per la regolare esistenza della società.

Ci sembra che il Bonelli sia stato tratto in errore dall'aver voluto procedere per analogia dalla società in liquidazione alla società fallita, per dedurne che come quella (salvo limitati scopi) è sciolta, quindi finita, così sia sciolta e finita la società in fallimento; ma società in liquidazione è appunto finita, salvo che per gli effetti della liquidazione, perchè *fu sciolta;* mentre che per il caso di fallimento la volontà dei soci può determinarsi o no per lo scioglimento — quindi, scioglimento di diritto non essendovi, la società fallita sarà finita oppure no, secondo che i soci si saran valsi o no del loro diritto (il quale resta sospeso, nel caso di concordato, fino alla completa esecuzione degli impegni assunti verso i creditori sociali) (1), di procedere allo scioglimento.

È comune l'errore di considerare la società fallita, come necessariamente in liquidazione, non solo agli effetti del fallimento, cioè nel senso che il curatore, salvo il caso di concordato, deve provvedere a repartire fra i creditori il patrimonio del fallito, ma anche nel senso della definizione dei rapporti fra'soci.

---

(1) Vivante, *Trattato,* II, pag. 78.

Così l'Errera (1), parlando del disposto del n. 4 dell'art. 189 cod. di comm. dice che per tale ipotesi non è neppur luogo di far questione se lo scioglimento, ossia il passaggio allo stato di liquidazione, succeda o no *ipso jure*, giacchè qui per fallimento della società, s' intende di certo la sua dichiarazione giudiziale, e questa comprende in sè anche la dichiarazione di liquidazione (art. 713 cap.); di modo che per l' Errera si verifica all'atto stesso del fallimento quanto è contemplato dal capoverso dell' articolo 192 in fine, cioè quella dichiarazione di liquidazione per parte del tribunale, la quale *dal giorno in cui avviene* pone in atto la proibizione di intraprendere nuove operazioni (detto cap.).

Noi neghiamo assolutamente che una società in fallimento, sia anche, e necessariamente, una società in liquidazione e quindi *disciolta;* la *liquidazione* di cui parla l'articolo 713 non ha niente a che fare con la liquidazione della società che segue, normalmente, al suo scioglimento; questa si propone di definire due ordini di rapporti, quelli sorti fra' soci, quelli delle società coi terzi; la liquidazione di cui parla l'articolo 713 è una conseguenza del carattere che ha il fallimento di procedura esecutiva; la liquidazione è il modo che la legge suppone più comune, che la pratica non

(1) *Lo scioglimento delle società commerciali* nel *Diritto comm.* X, 177.

dimostra tale, per raggiungere lo scopo del fallimento; tale liquidazione è il mezzo perchè si possa procedere alla repartizione dei beni del fallito fra i creditori, repartizione e liquidazione che non si hanno tutte le volte che il fallimento finisce con un concordato, cioè nella maggior parte dei fallimenti. Se durante il fallimento non possono porsi in essere nuove operazioni dal curatore, non è perchè la società è disciolta, ma perchè il curatore ha l'ufficio di conservare, liquidare e repartire fra'creditori i beni del fallito, ufficio che è in evidente contradizione con il porre in essere nuove operazioni; tanto è vero, che al curatore di ogni fallimento, non a quello solo di una società, è vietato di porre in essere nuove operazioni; ciò è una riprova che tale divieto dipende dalla *natura* dell'ufficio che ha il liquidatore, dalla condizione giuridica di fallito che ha il debitore, non dal fatto che il fallimento segni la *fine* della società.

L'argomento in favore di questa nostra opinione, che toglie ogni dubbiezza, si è quello che si trae dall'articolo 853 del cod. di comm. in forza del quale « nel fallimento di una società anonima che *non si trovi in istato di liquidazione,* il concordato può avere per oggetto la continuazione dell'impresa sociale ». Questo articolo fu biasimato dal THALLER (1) il quale osserva che « con-

(1) *Faillites,* II, n. 215.

tinuer une entreprise défunte voilà ce qu'on aura quelque difficulté à entendre. Le même texte exige du moins que cette société anonyme ne se trouve pas en état de liquidation. Forte bien, car, s'il en était autrement, la société serait parvenue au terme de sa carrière... » Anche il THALLER ha, dunque, creduto che una società fallita, sia per la nostra legge una società defunta — e lo ha creduto malgrado questo articolo, e benchè nessuna disposizione di legge espressamente lo dica.

Per l'articolo 853 una società fallita può convenire la continuazione dell'impresa nel suo concordato (1); questo come sarebbe possibile senza creare una posizione assurda, se si ammette che il fallimento *abbia disciolta la società?*

Il BONELLI (2) ha tentato di conciliare la sua opinione con una interpetrazione razionale dell'articolo 853; ma è ben lontano dall'esservi riescito, per quanto acume vi abbia posto; egli riconosce che l'impresa di una società anonima può avere talora un'importanza grandissima, tale da non permettere, anche in vista dell'interesse pubblico

---

(1) VIVANTE, op. cit. pag. 78; BOLAFFIO, loc. cit. Il VIVANTE, riconosce ad ogni società commerciale e non alle sole anonime il diritto di continuare l'impresa, approvato il concordato. Questa opinione ci sembra, ormai, l'unica accettabile. Intendiamo così di rettificare l'opinione da noi manifestata nel nostro volume sulla *Liquidazione delle società commerciali*, pag. 63.

(2) Op. cit. pag. 128.

ch'essa venga abbandonata e dispersa; in tal caso è buono ed opportuno che la liquidazione della vecchia azienda si accompagni coi provvedimenti occorrenti per la ricostituzione della nuova, cui si affiderà la medesima impresa sociale *nell' interesse dei creditori*. Per il Bonelli la *continuazione dell' impresa* di cui parla l'articolo 853 si ottiene mediante la riforma, la modificazione ed anche la ricostituzione della fallita società, provvedendo al ripristinamento del capitale sociale ed anche al rinnovamento del suo organismo, in modo da render possibile l'ulteriore esercizio; spetta al concordato di stabilirne le condizioni. Ma per il Bonelli tutto ciò non toglie che, provvisto alla nuova azienda, rimanga la necessità di liquidare l'antica, finchè i creditori non sieno soddisfatti a termini del concordato — e la separazione fra la vecchia e la nuova azienda, e perciò fra la vecchia e la nuova patrimonialità, risulterà da ciò che i nuovi rapporti giuridici resteranno senza influenza su quella.

Non riesciamo a comprendere bene il concetto del Bonelli su questo punto sostanziale: l'azienda che egli chiama nuova apparterrà alla medesima società cui apparteneva l'azienda antica? Sembrerebbe, perchè egli parla di riforma, modificazione e ricostituzione della società, di rinnovamento del suo organismo; ed allora la società fallita, non era *finita;* ed allora lo scioglimento della società non segue di diritto al suo fallimento; ed allora

tra la vecchia e la nuova azienda vi potrà essere una separazione contabile, ma non una separazione giuridica.

L'articolo 853 cod. di comm. non si può considerare come contenente una eccezione alla regola che la società è sciolta di diritto quando è fallita; ma è invece una prova evidentissima, che il fallimento non scioglie la società altrò che se lo scioglimento è voluto dai soci.

In primo luogo non può, per l'articolo 853, parlarsi di eccezione alla regola che il fallimento produce lo scioglimento della società, poichè il concordato di cui l'articolo 853 parla, essendo successivo al fallimento, quando esso viene concluso, la società, secondo l'opinione che combattiamo, sarebbe già finita; quindi dovrebbe ammettersi questo enorme assurdo: che il concordato faccia rivivere la società che era già *finita* in seguito alla dichiarazione del fallimento. In secondo luogo, supposto che l'articolo 853 solo, ed eccezionalmente, per il caso di *concordato* ammettesse la possibilità della continuazione dell'impresa, e quindi che in nessun altro caso la società fallita potesse risorgere e continuare l'impresa sociale, ne verrebbe che neppure lo potrebbe se il fallimento invece che con il concordato finisse con il pagamento intiero, in capitali, interessi e spese, dei crediti ammessi al fallimento! (art. 816).

Finalmente, conferma l'opinione nostra il fatto

che l'articolo 853 ammette la possibilità che il concordato abbia per oggetto la continuazione dell'impresa sociale, purchè *la società non sia in liquidazione:* questa limitazione ha grande importanza per noi. Una società in liquidazione è una società *disciolta* per uno dei motivi ammessi dalla legge, compreso il volere dei soci; è una società che neppure una decisione regolare dei soci revocante la deliberazione di scioglimento e di liquidazione può far rivivere quale era prima (1). Per ciò non può nel concordato deliberarsene la continuazione; per ciò, che la società fu *disciolta*, e dal volere dei soci non può più farsi rivivere. Ecco confermato, in modo inaspettato, che il fallimento della società non la scioglie, ma che, fallita, può discioglierla il volere dei soci: tanto che *quando tale scioglimento non fu deliberato* può il concordato stabilirne la continuazione.

In un solo caso il fallimento della società produce, indirettamente, ma necessariamente, lo scioglimento della società; quando, essendo impossibile un concordato, tutte le attività del fallimento sono vendute a beneficio dei creditori sociali e fra questi

---

(1) Conf. SRAFFA, op. cit. pag. 60 e gli scrittori ivi citati, specialmente il FRANCKEN, *Die Liquidation der offenen Handelsgesellschafft in geschichtlicher Entwickelung,* pag. 181, pel quale « Die offene Handelsgesellschaft ist nicht dem Phönix zu verglichen, der sich mit seinen Neste verbrennt, um aus der Asche nur verjüngt aufs Neue in den Aether sich zu erheben. »

divise; in tal caso si ha impossibilità di conseguire lo scopo sociale, e quindi ne viene lo scioglimento della società di pien diritto: impossibilità per mancanza assoluta di capitale sociale, resa più singolare dalla condizione di cose dipendente dal non essere chiuso il fallimento: la società rimane in istato di fallimento, non essendo stato chiuso questo per mancanza di attivo (essendovi stato un dividendo) nè essendo terminato con un concordato: la società in quanto può agire ed obbligarsi agli effetti della liquidazione giudiziale, non può essere rappresentata che dal curatore. Ma non avendo il curatore altro da fare dopo eseguito il dividendo, lo scioglimento ne viene come conseguenza necessaria, come soluzione unica.

Il non essere la società fallita sciolta di diritto produce diversi importanti effetti, in quanto importanti questioni dipendono per la loro risoluzione dalla risoluzione data alla questione se una società fallita è necessariamente una società disciolta.

Così, per coloro che sostengono il fallimento produrre di diritto lo scioglimento della società, ne viene naturale la conseguenza che il fallimento tolga in ogni caso la società come impresa positiva e che i patti contrattuali che a questa si riferiscono, specialmente quelli intorno alla direzione ed alla rappresentanza, perdano i loro effetti, come per la liquidazione (1).

---

(1) Franckl, op. cit. pag. 38.

Per chi invece sostiene che la società, malgrado il fallimento, continua ad esistere se non interviene una espressa contraria volontà dei soci, il principio che s'impone è proprio quello opposto: il fallimento non toglie la società come impresa positiva, nello stesso modo che non toglie ad un semplice commerciante la sua capacità giuridica, *salvi i diritti della massa creditrice;* l'unica differenza, grave del resto, fra la condizione di una società e quella di un commerciante singolo falliti è che mentre quest'ultimo può continuare ad impiegare la propria attività, indipendentemente dalla direzione e dal controllo immediato e diretto del curatore (salvo che il prodotto dell'attività sua deve andare a benefizio della massa creditrice, detratto il necessario al sostentamento del fallito e della famiglia), la società, dovendo agire per mezzo dei suoi organi, e durante il fallimento l'unico organo che funzioni (salvo per quello che si riferisce agli interessi estranei alla massa o contrastanti con quelli della massa stessa) essendo il curatore, non si concepisce nemmeno che la società possa svolgere un'attività produttrice che non sia quella svolta per mezzo del curatore, cioè nell'interesse della massa dei creditori.

Ma la società continuando ad esistere, ma avendo il curatore la rappresentanza cumulativa della società e della massa; e la società, come ogni altro fallito, potendo avere degli interessi *suoi,* in con-

trasto con quelli della massa, da far valere, è naturale e necessario che abbia degli organi ad *hoc* che esercitino eventualmente questo ufficio di rappresentanti e tutori degli interessi stessi.

Ogni fallito ha il diritto ed alcune volte l'obbligo d'intervenire in certi atti della procedura; ogni fallito si può trovare nella necessità di opporsi giudizialmente a determinati atti che il curatore ponga in essere per conto della massa e che egli ravvisi minaccianti o ledenti un suo personale interesse.

Se il fallito è una società, chi avrà veste per tutelare cotesto particolare interesse? Quelle persone che l'articolo 849 cod. di comm. chiama *legali rappresentanti della società fallita*, cioè gli amministratori, i direttori, i liquidatori, che l'articolo 849 espressamente determina sieno intesi in tutti i casi nei quali la legge richiede che sia sentito il fallito. Come disse la Cassazione di Torino con sua sentenza del 13 settembre 1887 (1), malgrado il fallimento « le funzioni ed il mandato degli amministratori non cessano per ciò intieramente; tanto è richiesto dalla natura delle cose essendovi una sequela di interessi attinenti a quella società, i quali hanno bisogno di una rappresentanza e questa è appunto per disposizione di legge affidata agli amministratori. » Ma cotesta sentenza parte

---

(1) *La Legge*, XXVIII, 282.

dal concetto che società fallita sia società necessariamente disciolta: ed allora come può giustificarsi la rappresentanza della società affidata agli amministratori, anche durante il fallimento? Il Vidari (1) giustifica la disposizione dell'articolo 849 come una deroga espressa ad un principio di diritto comune; l'illustre scrittore, cioè, si limita a constatare il fatto, riconoscendo che è in contraddizione con un principio generale di diritto; il Bonelli (2) sostiene addirittura la decadenza degli organi sociali per l'avvenuto fallimento della società, anche di fronte alla nostra legge; e se la disposizione dell'articolo 849 non gli permette di negare che nell'organizzazione del fallimento entra una parte degli antichi organi della società fallita, dice non essere ciò repugnante con il principio da lui sostenuto perchè « è quella parte che nessuno potrebbe compiere meglio di loro; » e sia pure — ma ciò non toglie che essi continuino a funzionare come organi della società fallita e, come dice l'articolo 849, come *legali rappresentanti di essa.* Ma, si potrebbe obbiettare, sian pure legali rappresentanti; ma dell'ente nella condizione giuridica in cui si trova di ente disciolto, per il fallimento, di *società in liquidazione.* L'obbiezione non sarebbe priva di valore se il nostro sistema si fondasse

---

(1) Op. cit. n. 5189.
(2) Op. cit. *Rivista* cit. vol. VII, 218.

semplicemente sull'articolo 849 e se il principio che la società fallita non è disciolta senza un atto di volontà dei soci non lo deducessimo, in primo luogo e principalmente, dall'articolo 189 cod. di comm. che dispone semplicemente che pel fallimento le società si disciolgono e non dice, come dispone espressamente l'articolo 190 pei casi in questo articolo contemplati, che la società è sciolta di diritto. Ma noi aggiungiamo: se la disposizione dell'articolo 849 quando parla di *legali rappresentanti della società* avesse inteso di riferirsi alla società *disciolta,* e quindi in liquidazione, allora l'articolo 849 non avrebbe dovuto parlare di amministratori, direttori, liquidatori, ma esclusivamente di liquidatori, perchè questi soli stanno a rappresentare la società quando è disciolta e perchè questi, appositamente nominati, e non gli amministratori, sarebbero stati i più adatti ad adempiere le funzioni di rappresentanti la società in liquidazione. E, difatti, fu sostenuto (1) che in ogni caso di fallimento d'una società debba nominarsi, se la società non è già in istato di liquidazione, accanto al curatore, un liquidatore. Questo è perfettamente logico se vuolsi sostenere che la società fallita è, di pien diritto, disciolta e in liquidazione; la nostra legge, invece, riconoscendo l'amministratore o il liquidatore, quale legale rappresentante della

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de droit comm.* II, n. 3114.

società, a seconda che la società sia disciolta o no, conferma così che non sempre e necessariamente una società fallita è una società disciolta.

Ammesso che la società non sia sciolta di diritto pel fallimento, non dovrebbe, pur sempre, per la disposizione dell' articolo 1757 cod. civ. l' ufficio degli amministratori ritenersi estinto? Questo è il parere di LYON CAEN et RENAULT (1), pei quali il fallimento revocherebbe il mandato degli amministratori: in pratica tale teoria condurrebbe a dover riunire l'assemblea sociale per deliberare se essa vuol conservare o no la sua fiducia negli amministratori. Una tale opinione è manifestamente insostenibile: il principio che il fallimento del mandante estingue il mandato (art. 1757 cod. civ.) ha il suo fondamento nel considerarsi l'atto conchiuso dal rappresentante come conchiuso dal rappresentato e nel non potersi porre in essere per mezzo di mandatario quanto uno non ha facoltà di fare direttamente; quindi se è fallito il mandante e il mandato non si riferisce al patrimonio e sta nell'ambito dei diritti personali rimasti intatti nel fallito *il mandato si mantiene* (2). Come disse la Cass. di Firenze, con sentenza 22 febbraio 1886 (3), quando l'articolo 1757 cod. civ. accenna come mezzo d'estin-

---

(1) *Précis*, II, n. 3114.

(2) BOLAFFIO, *Fallimento e mandato, Giurispr. it.* 1895, IV, 131.

(3) *Giurispr. ital.* 1886, 1, 206.

zione del mandato al fallimento del mandante, *ciò deve intendersi in correlazione agli effetti che il fallimento produce* — e poichè l'articolo 694 non toglie al fallito l'esercizio dei suoi diritti strettamente personali, « così un mandato generale si estingue per quanto riguarda gli interessi patrimoniali dei quali il fallito ha perduto l'amministrazione, ma deve rimanere produttivo dei suoi effetti giuridici per tutte le altre azioni che il fallito conserva integre, in quanto riflettono i suoi diritti personali, fra'quali è certamente la difesa della sua capacità colpita dalla sentenza dichiarativa del fallimento ».

Naturalmente, la condizione di fallimento in cui si trovi la società rende affatto accessorio l'ufficio, ed eventuale l'opera degli amministratori o dei liquidatori; ma sarebbe erroneo il credere che tutto dovesse ridursi a comparire dinanzi al giudice delegato, ove richiesti, a somministrare le notizie occorrenti per la formazione e verificazione del bilancio e ad essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede sia sentito il fallito, cioè sarebbe erroneo il credere che l'ufficio dell'amministratore di una società fallita si dovesse ridurre a quanto è specificato nell'articolo 849: questo articolo parte dal concetto che essi sieno i legali rappresentanti della società fallita ed esemplifica alcuni atti per essi doverosi; ma quel che preme è il principio sanzionato: la società fallita è rappresentata dagli

amministratori, o meglio la società fallita ha per organi gli amministratori in tutti quelli atti che ogni fallito può compiere senza l'intervento del curatore, contro anche il curatore stesso.

Così, e in primo luogo, trova applicazione anche nel caso di società, e tale diritto esse esercitano per mezzo degli amministratori, il principio sancito dall'articolo 699 cod. di comm. per il quale « il tribunale, se lo giudica conveniente, può permettere od ordinare che il fallito intervenga in causa, qualora specialmente vi sia collisione d'interessi col curatore »; chi nega che la società fallita possa avere negli interessi *suoi*, contrari a quelli della massa, come rappresentanti i suoi organi antichi, deve dire inapplicabile tale disposizione quando il fallito è una società; ma per quale ragione e con quale giustizia una tale diversità di trattamento?

Per regola generale è il curatore che ha la rappresentanza della società fallita, che presiede alle due serie di operazioni principali del fallimento: la realizzazione dell'attivo e la ripartizione di esso fra gli aventi diritto. Gli amministratori, pronunciato il fallimento, passano in seconda linea ed intervengono solo eccezionalmente: essi avranno diritto di fare opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimento pronunciato ad istanza di uno o più creditori (art. 693), dovranno esser citati per assistere alla formazione dell'inventario dei beni

della società fallita, riconoscerne il contenuto, accettarne lo stato, ecc. (art. 747); dovranno èsser citati alle adunanze dei creditori nelle quali si tratta del rendimento del conto (art. 757); potranno opporsi alla verificazione dei crediti fatti o da farsi (art. 763); dovranno esser citati se il giudice delegato crederà di autorizzare la vendita dei beni mobili del fallito, prima che sia trascorso il termine indicato nell'articolo 793; dovranno del pari essere citati se il tribunale autorizzerà il curatore a trattare e conchiudere l'alienazione in massa, in tutto o in parte, dei beni mobili restanti e dei crediti non esatti (art. 798): dovranno esser sentiti prima che il giudice dichiari la cessazione delle operazioni per insufficienza di attivo (art. 817) e potranno chiedere al tribunale la rivocazione della sentenza che dichiara la cessazione delle operazioni di fallimento. Principalmente avranno veste per proporre il concordato in nome della società, dopo che i soci ne avranno accettate le condizioni nei modi voluti dalla legge e che esamineremo a suo luogo.

Se il fallimento colpirà una società in liquidazione, il liquidatore avrà gli stessi uffici e si troverà nella stessa condizione degli amministratori, durante il fallimento; con questa differenza, nella pratica, che mentre il curatore nell'amministrare il patrimonio sociale terrà molto in disparte gli amministratori ed il direttore che per il fallimento

sociale divengono persone naturalmente sospette quando si tratta di liquidatori cercherà più facilmente di renderseli cooperatori, e cooperatori quasi sempre efficaci e competenti, sia per la conoscenza che hanno dell'andamento delle cose sociali, sia per la fiducia loro addimostrata dai soci o dal tribunale, che li rende più adatti del curatore a trattare quanto più da vicino si riferisce ai rapporti fra i soci e la società; la loro imparzialità non può essere sospetta, non avendo essi preso parte, come gli amministratori, alle operazioni sociali, quando la società funzionava (1).

Nella pratica il curatore fa sopratutto tesoro del concorso del liquidatore per incassare il non versato sulle azioni; questi è, infatti, un intermediario naturale fra il rappresentante la massa creditrice e gli azionisti; in tali casi il curatore, autorizzato dal tribunale, fissa la cifra dei versamenti da farsi ed il liquidatore procede all' incasso. Ma qui è in dubbio che il liquidatore compie bensì un ufficio al quale più d'ogni altro è indicato, e pel quale nessuna persona può riescire meno sgradita di lui agli azionisti; ma tutto ciò, giuridicamente, è all'infuori del suo ufficio di liquidatore; tale ufficio rende più facile l'opera di lui, ma egli in tal caso non è altro che un agente del curatore, che un

(1) Pic, *Du concours dans une faillite de société d'un liquidateur et d'un syndic,* negli *Annales de droit commercial,* I, 1, 136.

collaboratore di lui, che un suo mandatario; quindi il Pic (1), quando dice che « le liquidateur en ce cas n'agit pas seulement comme delegué du syndic, mais aussi comme répresentat de la société et défenseur des intérêts des actionnaires » dice una cosa, dal punto di vista giuridico, molto inesatta: poichè il liquidatore è un mandatario del curatore, in cotesto caso, e non altro; la sua condizione di liquidatore ha l'effetto praticamente di renderlo in ispecial modo adatto a compiere l'ufficio delicato verso gli azionisti, ma sempre *in nome e per conto* del curatore.

L'essere o no la società fallita una società necessariamente disciolta ha importanza per decidere diverse altre questioni importanti; qui ci limitiamo ad accennare a quelle che ci sembrano più adatte ad illustrare il concetto da noi dato della condizione giuridica delle società in fallimento.

Per il Franckl (2) è una conseguenza necessaria dell'essere *disciolta* la società *fallita,* questa: che quando i soci continuano, anche dopo l'apertura del fallimento, il commercio esercitato fino allora, che poteva anche consistere nell'esercizio della loro attività personale, il guadagno ricavatone non può andare a beneficio della massa del fallimento sociale, salvo che per quella parte prodotta dal patrimonio appartenente alla massa stessa.

(1) Loc. cit.
(2) Op. cit. pag. 39.

Ma alla stessa conclusione, sostanzialmente, devesi venire anche ammettendo che il fallimento non sciolga necessariamente la società; infatti, il commercio della società o è continuato da questa, se ha ottenuto l'esercizio provvisorio, o è continuato dai soci; nel primo caso l'utile prodotto è a vantaggio della massa sociale, indubbiamente; nel secondo caso gli utili prodotti dall'attività dei soci vanno a vantaggio, dopo essere stati depurati degli oneri che li gravano, di *tutti* i creditori, sia personali che sociali, di ciascun socio. Non è ammissibile che, come ogni fallito ha capacità di agire e di obbligarsi, purchè non vengano danneggiati i suoi creditori, così tale capacità abbia pure la società fallita per mezzo dei soci: la differenza fra persona fisica fallita e società fallita, cioè persona giuridica fallita, rende assolutamente inconcepibile che la società fallita eserciti un'attività propria, all'infuori di quella svolta per mezzo del curatore. Ma se il capitale sociale è costituito principalmente dall'industria dei soci? e il curatore esercita il commercio sociale sfruttando l'opera di questi? In tal caso non possiamo ammettere che sia la massa sociale sola ad avvantaggiarsene; il persistere la società durante il fallimento non toglie che l'attività produttrice dei soci, durante il fallimento, debba *andare a vantaggio di tutti i loro creditori*. La distinzione è sottile, ma esiste, s'intende per le società a responsabilità illimitata; esiste per

questo: che il principio che son *tutti* i creditori che debbono trarre vantaggio dall'attività produttrice del fallito, prevale sul principio che sul capitale sociale si pagano con preferenza i creditori sociali, quando il capitale sia costituito dall'*opera personale dei soci:* questo è un capitale, per natura suo, non assolutamente alienabile, mentre, in generale, il conferimento in società costituisce un'alienazione; il conferimento in società della propria industria è implicitamente limitato alla condizione che il socio abbia la disponibilità giuridica assoluta della propria attività, o meglio la disponibilità dei prodotti dell'attività sua — e quindi gli effetti del conferimento sieno come *sospesi,* quando *sospesa* è tale disponibilità, come accade nel caso di fallimento.

Ci par quindi che l'inverso della proposizione del Franckl non sarebbe giusto — cioè che non sarebbe giusto il dire che se il fallimento non scioglie la società ne viene che l'attività sociale svolta per mezzo dell'opera dei soci deve andare a vantaggio dei soli creditori sociali.

Un'altra questione la cui decisione si fa immediatamente dipendere dalla determinazione della condizione giuridica della società fallita è questa: se alcuni oggetti furono conferiti in una società in nome collettivo dai singoli soci *in mero godimento,* il diritto di goderne continuerà a far parte dell'attivo sociale anche quando la società sia fallita?

Il Franckl (1) sostiene che devesi decidere la questione diversamente secondo che l'uso sia stato costituito come diritto per un tempo determinato o sia stato concesso per la durata della esistenza della società: in questo secondo caso, il fallimento della società fa cessare, secondo il Franckl, il godimento; e s'intende che per questo scrittore sia così, perchè la società *fallita* è per lui società *disciolta;* come s'intende che per noi il fallimento della società non faccia cessare il godimento stesso, appunto perchè per noi società *fallita* non è società *finita*. E difatti, il valore che rappresenta il conferimento in godimento di una cosa, giustizia vuole che abbia lo stesso trattamento del valore che è rappresentato dal conferimento in proprietà; col fallimento della società, quest'ultimo valore rimane a vantaggio dei creditori sociali; perchè non dovrebbe rimanere l'altro?

Finalmente, una delle più gravi conseguenze e più certe del non essere per il fallimento la società, senz'altro, disciolta si è che il residuo attivo, dopo la chiusura del fallimento, *rimane alla società*, non si devolve ai creditori particolari dei soci; e vi ha possibilità di una nuova dichiarazione di fallimento ove la società non adempia ai suoi impegni (2). Questa è una conseguenza del carattere

---

(1) Op. cit., pag. 39.

(2) Bolaffio, *Temi veneta*, 1895, 303.

che, se la società non è disciolta, il patrimonio sociale conserva di patrimonio autonomo; su esso i creditori particolari dei soci non han diritti di sorta; i creditori della società vengono non già *prima* — come il parlare di un diritto di preferenza dei creditori sociali può far credere — dei creditori particolari, su quel patrimonio; *ma soli*, i creditori particolari dei soci non venendo sul patrimonio sociale *nè dopo*, *nè mai* (1); vengono sui dividendi del socio debitore e coi diritti di lui, non con diritti propri; vengono quando è sciolto con la società il patrimonio e ritornata la massa *in bona* dei già soci, e sulla quota che spetterà al socio debitore; *e allora solo coi diritti propri* (2). Ora, i creditori particolari del socio non possono far valere i loro diritti che sulla parte degli utili spettante al socio secondo il bilancio sociale *e, sciolta la società, sulla quota ad esso spettante nella liquidazione* — con facoltà di far sequestrare tale quota e sequestrare e vendere le quote e le azioni spettanti al debitore, nelle società in accomandita per azioni ed anonime (art. 85 cod. di comm.). Ne vien quindi che non potrebbe sostenersi che il diritto spettante al socio di far disciogliere la società, perchè fallita, passi nei suoi creditori; prima di

---

(1) Deltignoso, *L'obbligazione illimitata dei soci studiata in confronto della personalità giuridica delle società*, pag. 108.

(2) Deltignoso, loc. cit.

tutto, perchè l'articolo 85 cod. di comm. tutela i loro diritti e fa salvi i loro interessi; in secondo luogo, perchè il fallimento della società è un avvenimento che non riguarda il creditore particolare di un socio, che non immuta affatto la sua condizione di estraneo di fronte alla società stessa, se, come noi crediamo, la società pel fallimento non è disciolta; finalmente perchè l'articolo 102 dispone quali sono i diritti dei creditori particolari dei soci riguardo allo scioglimento della società; essi mai possono chiedere tale scioglimento — solo hanno il diritto di opporsi alla proroga della società deliberata dai soci « oltre il termine stabilito per la sua durata; » e si comprende; perchè potrebbe prorogarsi indefinitamente l'esercizio del diritto che accorda l'articolo 85 ai creditori particolari, se potessero i soci prorogare a loro piacimento la durata della società e quindi allontanare il momento in cui il diritto accordato dall'articolo 85 ai creditori particolari possa farsi valere. Ma è solo lo scioglimento verificatosi per decorso del termine che dà diritto ai creditori particolari di pretendere che lo scioglimento si verifichi e per il motivo ora accennato, e questo motivo non si riscontra in verun altro caso, quello compreso del fallimento della società.

Riassumendo, una società fallita può essere sciolta se così vuole qualche socio; altrimenti, lo scioglimento non si verifica.

Ma se i soci useranno, fallita la società, del diritto di provocarne lo scioglimento, questo quali effetti giuridici avrà? La condizione giuridica della società sarà sostanzialmente differente da quella che è nel caso in cui di cotesta facoltà i soci non si valgano? Il punto è molto importante. Noi crediamo che la condizione giuridica sia differente nei due casi; ma la importanza di tal differenza si manifesta unicamente per quel che si riferisce ai rapporti fra'soci *dal momento in cui il fallimento sarà chiuso;* niuna importanza ha cotesta differenza per quel che concerne i rapporti colla massa creditrice. È evidente che la società fallita, e disciolta, continua ad esistere agli effetti della liquidazione — precisamente come se a questa si fosse venuti per qualsiasi altro motivo di scioglimento. La società si trova nella condizione giuridica che resulta per la natura delle cose dalla combinazione di questi due fatti: fallimento e liquidazione; però la condizione prevalente ed assorbente, finchè essa dura è quella di *società fallita,* — e nei rapporti coi creditori l'essere anche *disciolta* è un fatto indifferente. Nei rapporti fra'soci il fatto dello scioglimento fa essere la società nella condizione di ente che continua a vivere solamente agli effetti del fallimento e poi, chiuso questo, a quelli della liquidazione. Ma quanto al concordato, se la società è *sciolta* oltre che *fallita* — anche se i soci la vollero disciolta unicamente per dato e fatto del-

l'avvenuto fallimento — non potrà pattuirsi la continuazione dell'impresa, perchè, deliberando lo scioglimento, i soci han dato prova di non credere possibile che la società dia ulteriori resultati, proseguendo nell'impresa stessa.

§ II.

Il fallimento delle società e i suoi effetti di fronte ai soci.

a) Società in nome collettivo.

Il fallimento di una società in nome collettivo o in accomandita produce anche il fallimento dei soci responsabili senza limitazione (art. 847 Cod. di comm.). È sembrato che questo principio fosse una conseguenza necessaria della natura della società a responsabilità illimitata; per effetto — si disse — della responsabilità solidale ed illimitata dei soci non si può parlare di insolvenza della società che quando anche i soci sieno insolventi — quindi è una necessità giuridica del fallimento sociale l'apertura del fallimento anche sopra il loro patrimonio; questa sarebbe la giustificazione teorica. Si è poi tentato anche la giustificazione pratica dicendo: con tale conseguenza si spingono i soci a mettere a disposizione della società mezzi di pagamento per evitarne il fallimento; e perciò, senz'altro si presume, constatato lo stato di cessazione di pagamenti della

società, anche lo stato di cessazione di pagamenti dei soci (1).

Ma, veramente, il disposto dell'articolo 847 sembra proprio ingiustificabile; nè sono certo gli argomenti surriferiti che ci possono far cambiare d'opinione.

Infatti, ed in primo luogo: l'essere la società fornita di personalità giuridica, l'essere cioè un ente distinto dai soci; la via per la quale si è messo il nostro Codice, via indicata dall'evoluzione storica della società in nome collettivo nella quale la funzione economica del patrimonio sociale tende sempre più recisamente a staccarsi dal patrimonio particolare dei soci (2); il principio posto nell'articolo 106, pel quale i creditori sociali possono far valere le loro pretese per le obbligazioni sociali contro i soci solo dopo *avere escusso il patrimonio sociale*, bastano ad escludere che sia razionale di fare seguire necessariamente al fallimento della società quello dei soci illimitatamente responsabili. Ma anche meno razionale e giustificabile ci sembra il principio se si consideri un po' più analiticamente. Per l'articolo 106 i creditori non possono rivolgersi ai soci che se la società si è *rifiutata di pagare e si tentò inutilmente contro di essa una esecuzione* (3); ossia: i creditori non possono pretendere dai soci il

(1) Confr. in FRANCKL, op. cit. pag. 47.
(2) VIVANTE, *Trattato*, I, 370.
(3) SRAFFA, *Studi di diritto commerciale*, pag. 43.

pagamento dei debiti sociali che *quando la società è in istato di cessazione dei pagamenti;* prima di cotesto momento i creditori sociali non avendo *diritto* di rivolgersi ai soci pel pagamento dei debiti sociali, ne viene che i soci non *abbiano l'obbligo* di pagare; orbene, dato ciò, come è possibile dire *razionale* che il fallimento della società produca quello dei soci?

La contradizione fra l'articolo 106 e l'articolo 847 del cod. di comm. è evidente: i due articoli contengono due disposizioni che si contraddicono (1). Nè si dica che l'articolo 106 considera gli obblighi dei soci per la loro responsabilità di fronte ai terzi, mentre che l'articolo 847 li considera di fronte alla società; che cioè mentre ai terzi è necessaria la preventiva escussione della società per far va-

---

(1) La sotto-commissione per lo studio della legislazione delle società commerciali (*Relazione e verbali*, pag. 33) propone che l'ultimo periodo dell'articolo 106 sia modificato in questo senso: « Tuttavia i creditori delle società non possono pretendere il pagamento dai singoli soci, se non fu prima dichiarato il fallimento della medesima. » Ma tale disposizione non è concepibile con la permanenza della disposizione dell'articolo 847; è evidente che sarebbe un assurdo dichiarare il fallimento dei soci come conseguenza necessaria di quello delle società, e non accordare ai creditori sociali il diritto di chiedere ai soci il pagamento dei debiti della società che quando questa è fallita. La proposta riforma all'articolo 106 vorrebbe dire togliere *ai creditori sociali il diritto di chiedere ai soci il soddisfacimento delle obbligazioni sociali* e solo lasciar loro quello di concorrere anche nel fallimento dei singoli soci pel pagamento dei loro crediti verso la società.

lere le loro pretese contro i soci, il dovere dei soci a responsabilità illimitata di impedire che la società cessi i suoi pagamenti sia assoluto, tale che il non adempierlo faccia legittimamente sorgere la presunzione che essi pure si trovino in istato di cessazione di pagamenti. Niente di meno esatto che questo discorso: perchè verso la società — a qualsiasi specie questa appartenga — i soci hanno solo l'obbligo di versare il capitale che han promesso di conferire: versato da un socio in nome collettivo il capitale che ha promesso di conferire, è esaurito ogni suo obbligo di fornire denari, *di fronte alla società;* le sue obbligazioni per i debiti sociali esistono di fronte ai terzi — e allora si ritorna a quanto abbiamo già detto, che l'obbligo stesso non può intendersi che correlativo al diritto dei creditori sociali: l'obbligo di pagare sorge nei soci, quando nei terzi sorge il diritto di chiedere il pagamento.

Nè di alcuna efficacia persuasiva sono i motivi che a giustificare la disposizione dell'articolo 847 si trovano nei lavori preparatorî (1), ove si legge che la società in nome collettivo è una società di persone, più che una società di capitali e *quindi* il fallimento dell'ente collettivo, nonostante la finzione giuridica che attribuisce a lui personalità giuridica, non potrebbe colpire una tal persona che

(1) *Atti della commissione incaricata ecc.* n. 936.

limitatamente al patrimonio proprio della società e viene diretto a colpire la società nel suo modo di formazione, cioè nella personalità di tutti i soci... Questo non è altro che un constatare che si ammette il principio che i soci debbono fallire perchè fallisce la società; ma la giustificazione del principio stesso è quella che si vorrebbe e che non si ha.

Le obbligazioni sociali furono contratte esclusivamente in nome della società, formata da persone *garanti* solidalmente delle obbligazioni stesse. Ma il carattere di *garanti* che hanno i soci a responsabilità illimitata, e che generalmente è loro riconosciuto, non acquista un carattere particolare, agli effetti della loro obbligazione verso i terzi, perchè il nome di alcuno di loro appare nella ragion sociale e quello di tutti loro può conoscersi per essere stato l'atto costitutivo della società pubblicato; il nome e la condizione di ogni *garante* è noto al creditore garantito quanto e meglio del nome e della condizione di un socio al creditore della società in nome collettivo; e come non si dichiara il fallimento del garante, che sia anche commerciante, perchè l'obbligato principale non ha pagato, così non dovrebbe pronunziarsi quello dei soci se si pronunzia quello della società, prima che consti che essi si sono rifiutati di soddisfare i creditori sociali e quindi si trovano realmente in istato di cessazione dei pagamenti.

Esaminato criticamente il principio contenuto nell'articolo 847, esaminiamolo ora dal punto di vista delle sue conseguenze.

In primo luogo: quale condizione fa esso al socio illimitatamente responsabile?

Tale socio ha da considerarsi per la nostra legge e specialmente per effetto del disposto dell'articolo 847 cod. di comm., come un commerciante.

La questione è stata di recente dibattuta, fra noi, da due illustri scrittori, il VIVANTE (1) ed il MANARA (2) — il secondo dei quali ha sostenuto, contro il primo, che il socio a responsabilità illimitata di una società commerciale è commerciante per ciò solo, quand'anche egli non eserciti in proprio nome altro commercio.

La questione può dirsi che non sia stata, prima d'ora, controversa in Italia, tutti gli scrittori essendosi dimostrati d'accordo nell'ammettere la opinione combattuta dal VIVANTE (3).

Nella dottrina tedesca invece la questione è molto disputata, quantunque la grande maggioranza degli scrittori sia per l'opinione che il socio è, per tale sua qualità, commerciante.

---

(1) *Trattato*, I, pag. 115.

(2) *Perchè i soci a responsabilità illimitata in una società commerciale siano commercianti;* nella *Giurisprudenza italiana*, 1896, II, 183 e segg.

(3) VIDARI, op. cit. n. 132; BOLAFFIO, *Il Cod. comm. it. commentato*, I, n. 112, e, recentissimamente, nella *Temi ven.* 1896, 400.

Le opinioni sulla questione possono raggrupparsi così:

1ª Il socio non è commerciante perchè egli non esercita il commercio in proprio nome e quello della società non si esercita nel suo (1);

2ª è commerciante (2);

3ª è commerciante, ma solo per l'azienda sociale, e non per gli atti di commercio indipendenti dalla industria di questa, e ciò perchè il singolo atto di commercio obbiettivo non entra nel campo della speculazione sociale (3);

4ª sono commercianti soli i soci rappresentanti della società (4).

---

(1) STUBENRAUCH, *Handbuch des öst. Handelsrecht*, 42, ENDEMANN, *Deutsches Handelsrecht*, § 13, nota 6.

(2) AUERBACH, *Das neue Handelsges.* vol. I, 28; GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, pag. 332, oltre a tutti gli autori citati da MANARA, loc. cit. pag. 189.

(3) THÖL, *Handelsrecht*, I, § 38 e gli altri citati da VIVANTE, loc. cit. nota 7 e la Cass. di Napoli, 7 marzo 1888, *Monit. trib.* 1889, 286.

(4) LHÖR, *Das Handelsgeselzbuch*, n. 19 e LASTIG, nell'*Handbuch* di ENDEMANN, 582. Questa opinione non è neppure ricordata dal VIVANTE e dal MANARA; e veramente non si comprende come possa essere stata accettata da autorevoli giuristi: il LASTIG ha tentato di dare a questa opinione un fondamento storico: « il socio contraeva prima in *proprio nome*, ma *per conto dei soci*, sotto la ragione sociale; contraeva, quindi, il solo capo della società, il quale consideravasi come *commerciante:* gli altri soci rispondevano, non perchè fosse stato contrattato in loro nome, ma rispondevano *ex lege*, per colui che contraeva; e perciò essi non divenivano commercianti. Se dunque oggi il socio contraente non sottoscrive più in nome proprio, non vi è tuttavia nulla di

L'opinione comunemente accettata in Italia, e con tanto valore sostenuta dal MANARA, ci sembra l'unica accettabile, data la disposizione dell'articolo 847 cod. di comm.; benchè per gli stessi motivi pei quali crediamo non sia razionale che si pronunzi il fallimento dei soci a responsabilità illimitata, perchè si pronunzia quello della società, crediamo che non sia razionale considerare il socio come *commerciante;* su questo punto riconosciamo col VIVANTE (1) che « chi considera il socio a responsabilità illimitata come commerciante solo perchè è socio, introduce nella legge una finzione che può essere in completo contrasto con la realtà »; così pure con lui riconosciamo che tale finzione è « incompatibile con la definizione del commerciante, il quale per esser tale deve esercitare il commercio in nome proprio » (2); ma riconosciamo ancora che

---

cambiato: solo colui che rappresenta e contrae è commerciante, gli altri no. Tanto che ogni commerciante deve trascrivere al tribunale la propria firma accanto alla sua *ragion sociale* mentre che per la società in collettivo sono obbligati a ciò solo i soci aventi la rappresentanza: di conseguenza si può conchiudere che *sono commercianti solo questi ultimi e non quelli che sono esclusi dalla rappresentanza.* »

(1) Op. e vol. cit. pag. 115.

(2) Si veda per altro in MANARA, loc. cit. un tentativo per dimostrare che tale incompatibilità non esiste; è doveroso riconoscere che la questione è da lui considerata da un punto di vista molto interessante. Noi non insistiamo su questo punto perchè gli argomenti del MANARA sono implicitamente combattuti da quanto abbiamo sostenuto nel testo, avanti, sulla base giuridica dell'articolo 847.

chi introduce questa finzione è la legge, e che è questa che ha introdotto tale stato di cose, incompatibile con la definizione del commerciante; e quindi dobbiamo riconoscere ed ammettere che il socio, solo perchè è a responsabilità solidale ed illimitata, *è commerciante.*

Il VIVANTE parla del carattere *commerciale* dei soci; ma la questione è sul carattere di *commercianti* di essi; e la qualità di commerciante investe, in quanto la legge dalla qualità di commerciante desume determinate conseguenze, tutta la sua persona e tutta la sua attività (1); talchè ne deriva, come dice con molta precisione il MANARA, che « la qualità di commerciante determina — finchè dura, s'intende bene — uno stato speciale; lo stato di commerciante... ».

Posto ciò, sembraci resa molto semplice e di facile soluzione la questione, di fronte alla nostra legge: per l'articolo 847 il fallimento della società producendo quello anche dei soci illimitatamente responsabili e in istato di fallimento potendo essere dichiarato il solo commerciante (art. 68 cod. di comm.), il socio a responsabilità illimitata è un commerciante. L'ammettere la possibilità della dichiarazione del fallimento dei soci e il negare che sien commercianti è in contradizione con la

(1) GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, pag. 463 e MANARA, op. cit. pag. 186.

definizione del fallimento, esclusivamente applicabile ai commercianti.

Nè ci persuade l' altra obbiezione del Vivante che la opinione da noi accettata sia incompatibile col sistema del Codice di commercio, questo considerando la compra di una quota di società come atto obbiettivo di commercio, ed un solo atto obbiettivo di commercio non bastando a formare un commerciante; è verissimo — è un atto di commercio obbiettivo il comprare la quota; ma fa divenire *commerciante* l'averla comprata: cioè a dire, non è il fatto di acquistare la quota che renda, per la nostra legge, *commerciante;* ma tale effetto è prodotto dal fatto di *essere diventato socio con l'acquisto della quota.*

Volendoci qui limitare all'esame della questione dal solo punto di vista dell' interpetrazione dell' articolo 847 e della condizione giuridica dei soci in ordine al fallimento della società, ci limiteremo ad un'altra sola osservazione, rinviando all'ottima ed esauriente trattazione della questione fatta dal Manara.

Ammesso che dall' articolo 847 non resulti che il socio è commerciante, ne deriverebbe (poichè la necessità del suo fallimento in seguito a quello della società sarebbe l' unica conseguenza che si potrebbe trarre dall'articolo 847) che se i creditori sociali valendosi della facoltà loro concessa dall' articolo 106, non pagati dalla società, fanno va-

lere le loro pretese verso un socio illimitatamente responsabile e questo non paga, i creditori non potrebbero in base alla cessazione dei pagamenti così verificatasi, domandare il fallimento del socio, senza curarsi di far fallire la società: ossia il *fatto della constatata cessazione dei pagamenti di un socio* per la obbligazione sua solidale e illimitata pei debiti sociali, non sarebbe sufficiente a farne dichiarare il fallimento, che la *presunzione* che egli non possa pagare tali debiti (presunzione che sorge dalla cessazione dei pagamenti da parte della società) è sufficiente a far dichiarare. Negato che il socio sia commerciante, a questo si deve venire: perchè l'articolo 847 non parla della provocazione del fallimento di un socio a responsabilità illimitata; e per l'articolo 683 solamente il *commerciante* che ha cessato i suoi pagamenti è in istato di fallimento.

Dal principio che il fallimento di una società in nome collettivo deve pronunziarsi dichiarando contemporaneamente falliti i soci che la compongono, una recente sentenza della Corte d'appello di Genova, 26 novembre 1895 (1), ha dedotto la strana massima che quando nasca contestazione se alcune persone sieno o no soci, debbasi sospendere la dichiarazione del fallimento della società e dei soci. L'unica ragione che dal breve discorso di detta

(1) *Giurispr. ital.* 1896, II, 296.

sentenza appare di così singolare decisione, è tratta dalle esigenze della unità del giudizio non meno che dal vantaggio dei creditori. Ma quando una società commerciale ha sospeso i pagamenti e se ne deve pronunciare il fallimento, il tribunale devesi preoccupare solamente della esistenza della società, il che suppone, quando trattasi di società in nome collettivo, di ricercare se vi sien degli elementi per stabilire che vi sono almeno due soci: il fallimento della società produce quello dei soci ed il tribunale con una stessa sentenza deve pronunziare il fallimento di quella e di questi. Ma si intende il fallimento dei soci che tali resultano al momento della dichiarazione del fallimento della società. Se resulterà poi che vi sieno altri soci, se ne dichiarerà il fallimento successivamente. La disposizione dell'articolo 847 non può, seriamente, interpetrarsi nel senso che, dovendosi il fallimento della società e dei soci dichiarare con la stessa sentenza, debba sospendersi la dichiarazione del fallimento delle società o di coloro che già resultano soci, finchè sia risoluta la questione se anche altre persone hanno questa qualità. La *unità del giudizio* è voluta dalla legge entro i termini del possibile; e questa unità è, evidentemente, mantenuta anche se non vi è contestualità nelle dichiarazioni di fallimento, l'unità attuandosi con la nomina di un solo giudice e di un solo curatore. E neppure si può, seriamente, parlare come fa la citata sentenza, per sostenere

la sua opinione, del vantaggio dei creditori, i quali sarebbero troppo danneggiati se si dovesse per dichiarazione individuale « riaprire la laboriosa verificazione dei crediti »; leggendo queste parole, appare come la sentenza non abbia nemmeno sospettato che il fallimento di una società commerciale che ha sospeso i pagamenti vada dichiarato per ottenere così la tutela di interessi che hanno qualche maggiore importanza e serietà di quelli che si verrebbero a tutelare evitando ai creditori la noia di intervenire alla verifica dei crediti, nei vari fallimenti della società e dei soci, in giorni diversi.

Se dopo pronunziato il fallimento della società in nome collettivo e dei soci, vien fatta domanda o dal curatore o da qualche creditore, per estendere il fallimento ad altre persone, perchè soci, il fallimento di questi potrà pronunziarsi sopra semplice ricorso, come ogni altro fallimento? oppure si richiederà il contradditorio?

La Cassazione di Torino, 17 marzo 1886 (1), decise che il fallimento successivo a quello della società di taluno che si abbia ragione di ritenere membro della medesima, può venire dichiarato osservate quelle stesse forme che si sono seguite nel dichiarare il fallimento cui si rannoda come l'accessorio al principale, vale a dire per sentenza

---

(1) *Consulente commerciale*, 1887, 142.

pronunziata dal tribunale in camera di consiglio, senza il contraddittorio di colui che va ad esserne colpito.

Questa soluzione ci sembra da accettarsi; non si può negare che si tratta di una condizione di cose specialissima, che si tratta cioè, nella sentenza da pronunciarsi, di esaminare se una data persona è socio a responsabilità illimitata, non se è commerciante e se ha cessato i pagamenti; ma la legge non fa distinzione fra fallimento e fallimento quanto al modo con cui deve provocarsi e quindi nessuna distinzione può ammettersi.

Una delle più gravi questioni che si sia presentata a proposito del fallimento dei soci a responsabilità illimitata, è se esso debba estendersi anche agli eredi minorenni di un socio che avesse pattuito la continuazione della società, alla sua morte, con i suoi eredi.

La questione si risolve esaminando se, in base a tal patto, gli eredi minori divengan soci a responsabilità illimitata.

Il BOLAFFIO (1) sostiene che il patto per cui la società in nome collettivo debba continuare con gli eredi può applicarsi anche quando l'erede è

(1) *Diritto commerciale controverso* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* XII, 73-80 e, più di recente: *Sono richiesti gli atti abilitativi dell'art. 12 cod. comm. perchè il minore faccia parte legalmente di una società in nome collettivo costituita dal suo autore per sè ed eredi?* nella *Temi veneta,* 1896, 400.

minore, condizionatamente a che esso ottenga le necessarie autorizzazioni e adempia le formalità senza delle quali non può divenire commerciante, nè la sua rappresentanza può effettuare nel suo interesse atti che eccedano la ordinaria amministrazione.

La Cassazione di Roma (1), limita la necessità dell'autorizzazione giudiziale, a sensi dell'art. 12 cod. comm. al solo caso in cui la società sia irregolarmente costituita, perchè la irregolarità accordando ad ogni socio la facoltà di chiedere ad ogni momento lo scioglimento del contratto sociale rendeva libero il minore di continuare nella società o di svincolarsene.

Il Vivante (2), all'opposto, sostiene che anche quando, accettando la quota sociale, il minore si esponga ad una responsabilità illimitata non sarà necessaria l'osservanza degli atti abilitanti, perchè questa ipotesi non coincide con quella dell'art. 12.

Per effetto di ognuna di queste varie opinioni il minore quando diviene socio è sottoposto al fallimento se la società fallisce, come esplicitamente riconosce il Bolaffio (3).

---

(1) Sentenza 14 giugno 1892, *Giur. it.* 1892, 1, 872 in causa Fagotti c. Laurenti; e a sezioni riunite, nella stessa causa, sentenza 13 marzo 1896, *Foro ital.* 1896, 783.

(2) Op. cit. vol. I, n. 77.

(3) *Temi veneta,* 1896, 400.

Noi crediamo invece di dovere insistere sopra un'opinione, altra volta manifestata (1): nel caso che gli eredi sien minori devesi distinguere se essi abbiano compiuti gli anni diciotto, oppur no; nel primo caso se i minori vengano, da chi ne ha facoltà, emancipati ed autorizzati ad esercitare il commercio divengono soci; nel secondo caso non possono divenirlo, l'emancipazione e l'autorizzazione essendo impossibili.

Vediamo in primo luogo come la opinione della Cassazione di Roma non sia accettabile. È ovvio, disse la Corte nella sua prima sentenza, che il patrimonio nello stretto senso giuridico non è un semplice oggetto esteriore, ma è invece la personalità stessa dell'uomo posta in rapporto con i differenti oggetti dei suoi diritti; e quindi il minore che qual rappresentante di un'eredità entri a far parte di un'associazione non figura nel suo particolar nome, ma in quello dell'eredità che è la sola interessata, e nessuna iattura perciò gli può derivare (2). Ma, noi osserviamo, il dir questo e l'ammettere che si possa continuare a parlare di

---

(1) SRAFFA, *Liquidazione delle società commerciali,* pag. 14.

(2) Questa tesi della Cassazione romana ha avuto l'onore di essere accettata dal THALLER, *Sur la continuation d'un fonds de commerce par un héritier mineur* negli *Annales de droit comm.* 1894, 241 e segg. Il THALLER, pur riconoscendo il carattere metafisico di tale tesi, reputa che essa dia « non sans quelque hardiesse, la solution plus logique qu'on ait proposé jusqu'ici. »

società in nome collettivo è un assurdo, perchè l'ammettere che in una società in nome collettivo vi sia un socio che non resti illimitatamente responsabile col suo patrimonio per le obbligazioni contratte in nome della società, ed entri un nuovo socio che non sia responsabile personalmente delle obbligazioni assunte dalla società prima del suo ingresso nella medesima (art. 78 cod. di comm.) è sanzionare un assurdo. Se, come dalle citate parole resulta, per la Cassazione di Roma l'erede minore non diventa socio, il socio chi è? Se, per esempio, il defunto aveva un solo socio, e l'erede minore non diventa socio, come si potrà ancora parlare di società? Non si vorrà certo sostenere che socio debbasi continuare a considerare il defunto, perchè questa sarebbe una eresia giuridica, sarebbe anzi cosa addirittura contraria al senso comune. Neppure potrà esser detto che debba considerarsi quale socio *il patrimonio ereditario,* come parrebbe forse intendere la Cassazione di Roma là dove dice che il patrimonio è la personalità stessa dell'uomo posto in rapporto con i differenti oggetti dei suoi diritti; perchè nel caso nostro il patrimonio, così inteso, sarebbe la personalità del defunto o la personalità dell'erede? e i diritti con i quali è posto in rapporto, sarebbero quelli del primo oppur quelli del secondo? Ma nell'un caso si verrebbe di nuovo ad affermare che socio rimane il defunto, nell'altro

che socio in nome collettivo diviene l'erede personalmente — e questo la Cassazione stessa di Roma non può ammettere. Ma anche indipendentemente da ciò, certo si è che l'eredità del socio defunto, quantunque vada accettata col benefizio d'inventario (art. 930 cod. civ.), non potrebbe mai considerarsi una personalità tale da costituire un ente capace di far parte d'una società in nome collettivo. In primo luogo, l'eredità beneficiata non può considerarsi come una *persona giuridica* e lo stesso Bonelli (1), il quale più e meglio d'ogni altro scrittore nostro tende a riconoscere ai patrimoni in liquidazione una personalità giuridica, non ci sembra che giunga fino ad attribuirla, di fronte alla nostra legge, alla eredità beneficiata; ma in ogni modo, si potesse pure attribuirgliela, resterà sempre la impossibilità che questo ente formi parte di una società in nome collettivo. Dove sarebbe la responsabilità illimitata con cui ogni socio deve rispondere, in tali società, delle obbligazioni assunte in nome di queste? La Cassazione di Roma osserva in proposito che la illimitata responsabilità, cui sono soggetti i beni del socio, non si arresta o scompare alla morte del medesimo, ma permane ed accompagna i beni finchè restano nelle mani del socio e del suo successore a titolo uni-

(1) Op. cit. *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* VII, pag. 225 e segg.

versale, che ne assume la figura di depositario o d'amministratore, col consequenziale obbligo di rendere conto alla massa dei creditori, che nelle sostanze ereditarie ritrovano la garanzia dei loro diritti. Ora a noi sembra che, perchè si abbia una società in nome collettivo, non è questa la responsabilità illimitata, che richiede l'articolo 76 del codice di commercio; la legge parla di illimitata responsabilità dei soci e non di illimitata responsabilità di un patrimonio; e la differenza non è piccola, poichè quando si parla di responsabilità illimitata di un socio si abbraccia non solo tutto il patrimonio attuale, ma anche tutto quanto, in avvenire, lo svolgimento dell'attività personale del socio può creare; quando, invece, si ha il patrimonio del defunto per rispondere delle obbligazioni sociali, quel patrimonio è ormai qualcosa di fisso, che un'attività umana più non fa centro delle proprie operazioni.

Tutto ciò ne sembra che dimostri come non si possa dire che necessariamente la società in nome collettivo — nell'esistenza di analogo patto — debba continuare con gli eredi minori del socio defunto, indipendentemente da ogni autorizzazione per questi ultimi.

Fu osservato da un valoroso giurista che, accettata la dottrina oggi ammessa dalla Cassazione di Roma, il minore « non sarebbe socio in nome collettivo, ma accomandante, con un contributo, al mas-

simo, equivalente all'entità della sostanza ereditaria» (1); ma se ben si consideri la sentenza stessa è agevole scorgere come, secondo il suo concetto, la società ch'essa sostiene sempre esistente — e che dimostrammo non essere più una società in nome collettivo — non sarebbe neppure venuta a trasformarsi in un' accomandita. Infatti, secondo la cassazione di Roma, il patrimonio del socio defunto andrebbe diviso in due parti: la prima, composta della quota sociale, che continuerebbe a far parte del capitale sociale; la seconda, composta di tutto il rimanente patrimonio ereditario, che, pur non divenendo capitale sociale, rimarrebbe in deposito presso l'erede, affinchè questi la amministrasse e la conservasse in garanzia dei creditori del defunto e dei creditori presenti e futuri della società. Ma basta esporre questa condizione di fatto e di diritto per accorgersi subito che non ci troveremmo dinanzi neppure ad una società in accomandita, perchè « il socio accomandante è tenuto *sino al limite della sua quota a rispondere dei debiti sociali*» (art. 117 cod. di comm.), mentre che nel caso nostro, secondo quanto ammette la Cassazione di Roma, anche per le operazioni posteriori alla morte del socio, ossia anche dopo il momento da cui la società si sarebbe tras-

(1) Bolaffio, *Diritto commerciale controverso* in *Rivista* cit. vol. cit. pag. 79.

formata in accomandita, ne risponderebbe, oltre la quota sociale, il restante patrimonio ereditario.

Restano ora a spiegare le ragioni che ci persuadono a sostenere che, trattandosi di minori degli anni diciotto, *mai* essi possano continuare a far parte della società in nome collettivo, cui apparteneva il loro defunto autore, benchè questi avesse pattuito la continuazione della società con i proprî eredi, per dopo la sua morte, e quindi *mai* essi possano essere dichiarati falliti, in conseguenza del fallimento della società.

L'articolo 12 del codice di commercio dispone che « il genitore che esercita la patria potestà ed il tutore non possono continuare l'esercizio del commercio nell'interesse di un minore, se non vi sono autorizzati, il primo dal tribunale civile, ed il secondo con deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela omologata dal tribunale ». Il principio quivi contenuto è una deroga al principio generale che il genitore, il quale esercita la patria potestà, o il tutore, non possono essere validamente autorizzati ad intraprendere il commercio per conto del minore. I principî generali portano anche alla conclusione che neppure possono tali persone essere autorizzate a concorrere alla costituzione di società in nome collettivo e di società in accomandita, nelle quali il minore debba entrare come accomandatario (1). Si tratta quindi

(1) Confr. Piola, *La legislazione italiana sulla patria potestà*, pag. 94.

di vedere se la disposizione dell'articolo 12 del codice di commercio, oltre ad avere esplicitamente derogato al principio generale per quanto riguarda la continuazione di un commercio, vi abbia derogato anche per quanto riguarda il continuare a far parte di una società in nome collettivo da parte di un minore. E noi crediamo di potere affermare con sicurezza di no. Intanto, è evidente che il continuare un commercio è ben differente dal continuare a far parte di una società in nome collettivo: la differenza, anzi, è tale che essa sola, ci sembra, basterebbe ad escludere l'interpretazione estensiva dell'articolo 12 del codice di commercio. Infatti, se questo articolo permette che il genitore, il quale abbia la patria potestà, o il tutore, continuino, con le debite autorizzazioni, il commercio nell'interesse del minore si è perchè, trattandosi di un commercio, essi possono esercitarlo personalmente o con l'opera di un institore che dipenda direttamente da loro, in modo che essi possano essere chiamati responsabili di ogni danno che al minore possa derivare dalla loro colpa, nell'esercizio del commercio, o da colpa dell'institore che essi abbiano preposto al commercio stesso. È per questo, come osserva giustamente il BOLAFFIO (1), che la capacità, la rettitudine, l'esperienza del rappresentante costituiscono, senza dubbio, un ele-

(1) *Il Codice di commercio italiano commentato,* vol. I, n. 129.

mento da prendersi in considerazione per concedere che il commercio continui.

Ma trattandosi di società in nome collettivo, il rappresentante del minore si troverebbe in una ben differente condizione; intanto — si noti — generalmente si pattuisce la continuazione della società con gli eredi di un socio defunto, quando il defunto non sia il socio gerente; e questo si comprende facilmente, poichè è il socio gerente che dà l'indirizzo alla società ed è all'attività ed all'attitudine personale di esso che gli altri soci specialmente si affidano; in questo caso l'ufficio del rappresentante del minore si ridurrebbe ad un ufficio di sindacato sull'opera del gerente; quindi il rappresentante del minore dovrebbe rispondere dei danni che al minore egli producesse per non avere diligentemente controllato l'opera del gerente; ma, all'infuori di questo caso, pei danni che l'opera colposa del gerente producesse alla società e quindi al minore, il genitore e il tutore non potrebbero essere chiamati responsabili. E anche se la società non avesse un unico gerente, ed il rappresentante del minore prendesse, in tale sua qualità, parte diretta alle operazioni sociali, la differenza con il caso di continuazione pura e semplice del commercio sussisterebbe pur sempre, poichè gli interessi del minore non sarebbero tutelati dall'opera esclusiva e libera del rappresentante del minore stesso: basti ricordare che, se-

condo il combinato disposto degli art. 1723 n. 1, codice civile e 107 codice di commercio, nelle società in nome collettivo si presume che i soci siensi reciprocamente data la facoltà d'amministrare l'uno per l'altro e che l'operato di ciascuno è valido *anche per la parte dei consoci, ancorchè non abbia riportato il loro consenso*, salvo a questi ultimi, o ad uno di essi, il diritto di opporsi alla operazione *prima che sia conclusa*.

Indipendentemente poi dalle considerazioni precedenti, non può parlarsi dell'autorizzazione di cui all'articolo 12 codice di commercio perchè il minore continui a far parte di una società commerciale in nome collettivo, ciò essendo necessariamente escluso dalla disposizione dell'articolo 15 del codice stesso.

Secondo questo articolo, infatti, l'autorizzazione per esercitare il commercio per conto del minore data al genitore o al tutore, può in ogni tempo essere revocata; e quantunque l'articolo 15 non sia esplicito su questo punto, può, indubbiamente, essere revocata anche l'autorizzazione data, in ordine all'articolo 12 del codice di commercio, al genitore che esercita la patria potestà ed al tutore per continuare l'esercizio del commercio nell'interesse di un minore; questa opinione (siamo lieti di constatarlo) ha in suo favore l'autorità dell'illustre Vidari (1) il quale dice: « nessun dubbio del

(1) Op. cit. n. 171.

resto (sebbene il codice nostro ne taccia) che il tribunale e il consiglio di famiglia e di tutela, come possono deliberare la continuazione dell'esercizio mercantile del minore, possono anche rivocare tale autorizzazione o deliberazione — sebbene quest'ultima sia stata omologata dal tribunale civile — quando, per qualsivoglia ragione, ciò appaia conveniente all'interesse del minore».

A ciò si aggiunga che se il genitore autorizzato alla continuazione del commercio nell'interesse del minore od il tutore vengano a perdere tale loro qualità, il consiglio di famiglia o di tutela debbono di nuovo deliberare se l'esercizio del commercio o dell'industria nell'interesse del minore debba proseguire sotto il nuovo rappresentante.

Dato ciò, noi domandiamo: come è possibile che l'autorizzazione di cui parla l'art. 12 del codice di commercio si possa riferire al caso dell'entrata di un minore a far parte di una società in nome collettivo, quando tale autorizzazione può sempre essere revocata, e cessa anzi di avere efficacia col mutarsi della persona del rappresentante il minore? Nè si dica che l'articolo 15 del codice di commercio aggiunge che cotesta rivocazione « non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, neppure per le operazioni in corso » e che perciò la revoca della autorizzazione non avrebbe effetto di fronte ai consoci e alla società; perchè se ciò fosse, e potremmo dimostrare che non è, costituirebbe la

più bella conferma di quanto noi sosteniamo, poichè l'articolo 12 non potrebbe avere ammesso la possibilità che l'autorizzazione di cui parla fosse in un caso importantissimo, anzi nel più importante, irrevocabile, malgrado la disposizione dell'articolo 15.

In conclusione, adunque, il minore potrà essere dichiarato in fallimento, se fallisce la società, solo nel caso ch'egli abbia compiuto gli anni diciotto quando le obbligazioni per le quali la società ha cessato i pagamenti furono contratte, e purchè sia stato, da chi ne ha facoltà, emancipato ed autorizzato al commercio.

Il Vivante (1), sostiene non essere necessari al minore, in tal caso, gli atti abilitativi dell'art. 12 cod. di comm: principalmente perchè il minore che subentra nelle proprietà della quota sociale non sarà lui che eserciterà il commercio, ma la società che è una persona essenzialmente distinta. Ma dall'esercizio del commercio da parte delle società, può venire, per l'art. 849, il fallimento del minore; ed è alle conseguenze che l'esercizio del commercio arreca sul patrimonio del minore che bisogna guardare per decidere se l'autorizzazione dell'art. 12 si richiegga anche trattandosi del caso di cui ci occupiamo. L'art. 12 parla, è vero, dell'autorizzazione ad esercitare il commercio: ed è la

---

(1) Loc. cit.

società, non il socio, la persona nel cui nome il commercio è esercitato; ma l'art. 12 ha di mira gli effetti diretti derivanti dall'esercizio del commercio sul patrimonio del minore — e fra cotesti effetti come non annoverare la obbligazione solidale ed illimitata del minore per le obbligazioni sociali, la dichiarazione del fallimento del minore stesso, se fallisce la società? (1).

Un'altra grave questione, presentatasi dinanzi ai nostri tribunali, e che trova qui luogo opportuno ad essere trattata è la seguente: la dichiarazione di fallimento di una società in nome collettivo, porta il fallimento di quel socio che al momento della dichiarazione fosse già regolarmente uscito dalla società?

La Corte d'appello di Milano con sentenza del dì 8 aprile 1893 (2) decise la questione negativamente; ma il principio posto dalla Corte ci sembra assolutamente erroneo.

È chiaro, per noi, che la dichiarazione del fallimento di una società in nome collettivo deve necessariamente produrre il fallimento anche di quel socio che sia regolarmente uscito dalla società prima del fallimento, sempre che questo sia stato

---

(1) Il VIVANTE sostiene la sua opinione con altre molte e gravi ragioni, ciascuna delle quali ha avuto risposta, per noi assolutamente persuasiva, dal BOLAFFIO, *Temi veneta*, 1896, 400, al cui scritto rimandiamo.

(2) *Monit. trib.* 1893, 575.

pronunciato per non aver la società fatto onore ad impegni dipendenti da operazioni già in corso quando il socio recedè. Vedremo poi quali limitazioni, in riguardo al tempo, debbansi ammettere a favore del socio receduto.

Il ragionamento che fa la Corte di Milano per negare questa conclusione cui noi veniamo, è incompleto; quindi le deduzioni che la sentenza ne trae non possono che essere erronee. Essa, infatti, si limita a dire: il recesso del socio essendo stato regolarmente fatto, è efficace anche in confronto dei terzi; ne viene perciò che il socio stesso non può sempre essere considerato come membro dell'ente collettivo. Era invece necessario che la sentenza dimostrasse, per giustificare la sua opinione, che è anche necessario continuare a far parte della società per poter esser trascinati al fallimento dal fallimento di questa. Ma ciò non era possibile a dimostrarsi, perchè ciò non è. Di vero, come la sentenza stessa della Corte di Milano è costretta ad ammettere, il socio receduto rimane responsabile per le obbligazioni sociali anteriori al suo recesso: ma il motivo per cui il fallimento della società produce il fallimento dei soci si è che la legge suppone (e abbiamo già visto se giustamente o no) che i soci, i quali hanno lasciato che la società non soddisfacesse le sue obbligazioni, per le quali essi pure erano responsabili, non sieno in grado di soddisfarle.

Ora è facile vedere che tale presunzione ha lo stesso motivo di essere anche nel caso di colui il quale è receduto dalla società, ma che essendo obbligato a pagare i debiti da questa contratti, lascia che essa, per non averli pagati, sia dichiarata in fallimento; infatti, perchè anche in tal caso, non si dovrebbe avere la stessa presunzione di impossibilità di pagare negli ex soci, una volta che questi sono responsabili delle obbligazioni sociali, assunte prima del loro recesso, nello stesso modo e sotto le medesime condizioni dei soci stessi?

La nostra opinione s'impone anche per una evidente ragione di moralità. I terzi non possono opporsi al recesso di un socio da una società in nome collettivo, ed il recesso stesso diviene efficace anche in loro confronto col fatto solo delle pubblicazioni, di cui all'art. 96 del codice di commercio. Se il principio posto dalla Corte di Milano fosse da seguirsi, ognun vede quel che ne verrebbe: i membri di una società in nome collettivo, che fosse per essere dichiarata in istato di fallimento, potrebbero, con un recesso fatto a tempo, liberarsi, pur rimanendo responsabili dei debiti sociali, dalla necessità di cadere in fallimento in conseguenza del fallimento dichiarato a danno della società. Il che sarebbe pur sempre qualche cosa; poichè, entrando nell'ordine d'idee della sentenza, potrebbero sì i creditori promuovere poi il fallimento dei soci per non aver questi pagato i debiti sociali; ma, intanto,

il fallimento dei soci non seguirebbe immediatamente quello della società; e quel che più ai soci può interessare, non lo seguirebbe *necessariamente*, mentre che la legge vuole (a torto o a ragione) e chiaramente dispone che ciò debba avvenire.

La quale osservazione ci apre la via ad una considerazione ulteriore; con l'opinione della Corte di Milano si verrebbe da una parte a rendere possibile l'inconveniente ora accennato, senza d'altro lato raggiunger lo scopo che la dichiarazione di fallimento del socio receduto non potesse, a domanda degli interessati, essere pronunciata pel fatto solo della avvenuta dichiarazione di fallimento della società, se fra i debiti di questa non soddisfatti ve ne fossero di dipendenti da operazioni in corso al momento del recesso del socio. E ciò senza bisogno di una preventiva escussione sui beni sociali, come l'articolo 106 richiede in casi normali: l'avvenuto fallimento della società rendendo inutile e nello stesso tempo impossibile la preventiva escussione della società, l'obbligo nel socio receduto di pagare i debiti sociali non è più sottoposto alla condizione di tale preventiva escussione. Ne viene adunque che, fallita la società, il socio receduto, ha, senz'altro, l'obbligo di pagare i debiti sociali pel pagamento dei quali è responsabile. Così la legge verrebbe a rendere possibile il grave inconveniente sopra accennato (che i soci, cioè, potessero liberarsi dalla *necessità di seguire nel fallimento la società*)

senza impedire che, a richiesta degli interessati, il fallimento del socio receduto dovesse pronunciarsi pel solo fatto che la società è fallita.

Come abbiamo veduto, il socio di una società in nome collettivo, per questa sua sola qualità, diviene commerciante e cessa di esserlo con la sua escita dalla società; il socio, adunque, recedendo dalla società, si trova nelle medesime condizioni di un commerciante qualunque, il quale siasi ritirato dal commercio. Ora per l'art. 690 del codice di commercio « può essere dichiarato il fallimento del commerciante che siasi ritirato dal commercio, ma soltanto entro cinque anni da tale avvenimento, e purchè la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l'esercizio del commercio, od anche nell'anno successivo per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo ».

Queste limitazioni debbono ammettersi anche in favore del socio che sia receduto dalla società, e che abbia quindi cessato di essere commerciante, sia per quanto riguarda la cessazione dei pagamenti avvenuta quando egli era sempre socio, sia per quel che riguarda la cessazione dei pagamenti avvenuta nell'anno successivo al suo recesso, purchè si tratti di obbligazioni per le quali egli era responsabile.

Con l'applicare al caso del socio receduto la disposizione dell'art. 690 si raggiungono due scopi: quello d'impedire che i soci escano dalla società

per sfuggire al pericolo del fallimento e quello d'impedire che la minaccia di un fallimento stia sospesa per troppo lungo tempo sul capo di chi è uscito, in buona fede, da una società commerciale in nome collettivo.

La sentenza dichiaratrice del fallimento della società e dei soci nomina un solo giudice delegato ed un solo curatore; questo è a risparmio di spese e di tempo: vedremo a suo luogo quali questioni può far sorgere questa duplicità di uffici in una sola persona; intanto diciamo che, evidentemente, può accadere che questa unicità di persone non si riscontri: ciò accadrà tutte le volte che il socio sia stato, precedentemente alla dichiarazione del fallimento della società, dichiarato fallito.

L'epoca della cessazione dei pagamenti dovrà fissarsi ad una data identica tanto per la società che per i soci, quando il fallimento di questi è dichiarato in seguito alla dichiarazione di quello della società?

Il Pic (1) pone la questione così: quale sia l'influenza del fallimento sociale sopra gli atti compiuti da un socio a responsabilità illimitata, posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti delle società, quale fu fissata dal tribunale. Per il Pic se si ammette (come devesi in Italia per il preciso disposto della nostra legge) che il falli-

(1) Op. cit. pag. 82.

mento sociale produce il fallimento di tutti i soci a responsabilità illimitata, si è portati a decidere che l'epoca della cessazione dei pagamenti è identica per la società e per ciascuno dei soci: così p. es. il pagamento fatto da un socio creditore personale che sia annullabile se fatto dopo la cessazione dei suoi pagamenti, dovrebbe annullarsi se questo creditore avesse conosciuto la cessazione dei pagamenti da parte delle società.

Ma il Pic non ammettendo, di fronte alla legge francese, la indivisibilità del fallimento sociale da quello dei soci, sostiene che s' impone la soluzione contraria, che egli crede anche la più razionale, perchè non solamente la cessazione dei pagamenti del socio non è un fatto necessario; ma anche nel caso in cui si verifichi, può benissimo risalire ad un'altra data, anteriore o posteriore, di quella fissata per la cessazione dei pagamenti da parte della società; è arbitrario ed ingiusto annullare un pagamento fatto da un socio ad un creditore personale con l'unico pretesto che quello conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti della società, quando d'altronde il suo credito non ha alcun legame di connessità con le operazioni sociali (1).

Noi crediamo che anche con il sistema della nostra legge, per cui necessariamente il fallimento dei soci si accompagna al fallimento della società,

(1) *Contra:* Lyon-Caen et Renault, *Précis,* II, pag. 920.

debba, per la fissazione della data della cessazione dei pagamenti da parte di ciascuno dei soci, agli effetti specialmente dell' annullabilità degli atti posti in essere dopo questa, debba aversi riguardo al fatto reale della cessazione dei pagamenti effettivamente verificatasi per parte di essi; se i soci non cessarono i loro pagamenti, la cessazione per loro si deve reputare avvenuta nel giorno della sentenza che ne dichiara il fallimento (art. 704) anche se questo fu dichiarato posteriormente alla morte dei soci.

Tale conseguenza ci sembra giustificata da un doppio ordine di ragioni: il fallimento della società porta con sè quello dei soci perchè la legge presume (a ragione o no) che i soci sieno nella impossibilità di pagare, una volta che lasciarono cadere la società in istato di cessazione di pagamenti senza averle fornito le somme di danaro che occorrevano per far fronte ai suoi impegni. Ma da questa presunzione non può trarsi un' altra presunzione: quella cioè che i soci si sieno trovati in istato di cessazione dei pagamenti al momento in cui lasciarono che la società in tale stato si trovasse: a questa ultima presunzione si oppone *il fatto che ad essi il pagamento non fu richiesto* e il fatto che ad essi non poteva richiedersi che dopo che la società avesse cessato i suoi pagamenti, cioè dopo avvenuta l'escussione del patrimonio di questa. In un sol caso deve farsi eccezione al prin-

cipio sopra enunciato: nel caso in cui, valendosi del diritto loro accordato dall'art. 106, i creditori abbian chiesto il pagamento ai soci e questi lo abbian rifiutato: tale rifiuto, per chi lo fa, costituisce una vera e propria cessazione dei pagamenti.

L'annullabilità degli atti di cui all'art. 709 cod. di comm. per essere stati posti in essere posteriormente alla data cui fu fissata la *cessazione dei pagamenti*, si fonda sopra la presunzione della *scientia fraudis* nel terzo (cioè sulla presunzione della scienza nel terzo della frode operata dal debitore insolvente) (1); ora sarebbe enorme che tale presunzione si facesse sorgere, partendo da un fatto, la cessazione dei pagamenti, di una persona diversa dal socio fallito: la società.

Ad ogni modo, questo è indubitato: che la cessazione dei pagamenti da parte dei soci è *un fatto positivo*, che solo andando contro la realtà, quindi arbitrariamente, può considerarsi avvenuto prima che si verificasse: il fallimento della società può farsi coincidere, come si fa per la nostra legge, con quello dei soci, in quanto il primo porta seco il secondo, poichè questo della inscindibilità del fallimento dell'una da quello degli altri è un principio giuridico; ma la cessazione dei pagamenti da parte dei soci non può farsi coincidere, in via di

(1) BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*, pag. 118 e 268.

principio, con quello della società, nel senso che la prima porti seco la seconda, perchè qui si tratta di un avvenimento che si può dire verificato, *quando si è verificato:* posta così la questione, quello che noi diciamo si appalesa come una verità assiomatica, e la conclusione nostra non è più seriamente contestabile.

b) Società in accomandita semplice.

La condizione degli accomandatari in seguito al fallimento della società è eguale a quella dei soci in nome collettivo e ad essa si applicano gli stessi principî.

Quanto agli accomandanti, per regola generale non essendo essi responsabili che fino all'ammontare della loro quota, il fallimento della società non produce effetti di sorta nè sulla loro persona nè sul loro patrimonio.

Ma nel caso di irregolarità nella costituzione della accomandita, sorge grave questione sulla condizione che crea ai soci la dichiarazione del fallimento della società. La gravità della questione e l'importanza delle dispute sorte di recente intorno ad essa, richiedono una trattazione un po' particolareggiata.

Il nostro codice di commercio ha voluto — come fu più volte osservato — anche troppo violentemente costringere le società commerciali ad adem-

piere alle formalità richieste dalla legge per la loro regolare costituzione, colpendo in diversi modi, ed inesorabilmente, i soci che non abbiano provveduto ad adempierle. Giustamente perciò la Corte di Cassazione di Napoli, con sua sentenza del 26 febbraio 1892 (1), decise, come già aveva deciso la Cassazione di Torino, con sentenza del 25 giugno 1887 (2), che i soci accomandanti di una società in accomandita semplice, non ancora legalmente costituita, sono responsabili illimitatamente ed in solido per le operazioni sociali, ancorchè non compiute direttamente da loro. Questa opinione è resa palese, osserva la Cassazione di Napoli, dal significato delle parole adoprate nell'articolo 98 del codice di commercio, nonchè dalla intenzione del legislatore. Dal significato delle parole usate nell'articolo 98 — « sino alla legale costituzione della società, i soci, i promotori, gli amministratori e tutti coloro che operano in nome di essa contraggono responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni sociali » — poichè non è possibile concepirsi solidarietà di debitori, se la responsabilità potesse limitarsi ad un solo che per avventura spenda il nome sociale; la solidarietà esige il concorso di più individui, e cotesti individui, i quali l'art. 98 raggruppa in un'unica respon-

(1) *Foro it.*, 1892, I, 1064.
(2) *Foro it.*, 1887, I, 934.

sabilità solidale, sono i soci, i promotori, gli amministratori, e colui o tutti coloro che operano in nome della società. Dalla intenzione del legislatore, poichè se esso avesse voluto limitare la responsabilità soltanto a chi si faccia ad intraprendere operazioni sociali prima che la società acquisti vita legale, superfluamente avrebbe additato i soci, i promotori e gli amministratori, perocchè a comprendere coloro tra quelli che si ingeriscono negli affari sociali prima degli adempimenti di legge per rendere la società ritualmente costituita, bastava la frase ultima relativa a tutti coloro i quali operino in nome della società. Così decidendo la Cassazione di Napoli applicava rettamente la legge. Ci sembra, però, che alla Corte stessa, la quale pur si fonda sull'articolo 98 del codice di commercio, sia sfuggito l'argomento più importante, e davvero decisivo, che da cotesto articolo si può trarre in favore della tesi da essa adottata. Infatti, la Corte non ha osservato che quando l'art. 98 parla (oltre che dei promotori e degli amministratori) dei *soci*, i quali contraggono responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte in nome della società fino a che non sieno adempiute le formalità ordinate dalla legge, ne ha parlato unicamente per stabilire la responsabilità illimitata e solidale *dei soci accomandanti di un'accomandita semplice;* poichè, quanto ai soci in nome collettivo, il principio quivi contenuto, della responsabilità illimitata per

le obbligazioni assunte in nome della società, è necessaria e principale conseguenza del carattere stesso della loro obbligazione e del principio, in altro articolo sanzionato, che di fronte ai terzi — ed a vantaggio di questi — le società in nome collettivo irregolarmente costituite producono i medesimi effetti che se fossero regolarmente costituite. L'art. 98 non può riferirsi ai soci delle accomandite per azioni e delle anonime e ciò è dimostrato dalla stessa Cassazione di Napoli, nella sentenza citata, dove giustamente si osserva che « per siffatte società manca la disposizione del secondo capoverso dell' art. 99, per cui per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, la mancanza dell'atto scritto o delle pubblicazioni di legge, non può dai soci essere opposta ai terzi, ed anzi talvolta mancano in esse financo i soci, subentrando in loro vece il numero ed il valore nominale delle azioni, come dal n. 4 dell'art. 89 di detto codice; epperò l'applicazione del cennato art. 98 nel senso lato come sopra in quanto alle società in accomandita per azioni, come del pari a quelle anonime, è forza circoscrivere nel rapporto dei soli amministratori e promotori, dei quali i primi hanno per gli articoli 91 e 248 codice suddetto l'obbligo e la responsabilità degli adempimenti di legge a rendere legale l'atto sociale ed i secondi, per l'altro art. 126 codice medesimo, solo di quelli che promuovono la esistenza della società, fosse pure di fatto sol-

tanto ». Quanto diciamo è confermato dal fatto che le altre persone cui l'articolo 98 si riferisce non sarebbero, indipendentemente dall'articolo stesso, e non sono, fuori del caso in questo articolo contemplato, illimitatamente responsabili per le obbligazioni assunte in nome della società; a noi, infatti, sembra evidente che l'art. 98 parli, oltre che dei *soci* (accomandanti semplici) solamente dei promotori e degli amministratori di società anonime ed in accomandita per azioni; quanto ai promotori niun dubbio è possibile, di essi occupandosi gli articoli 126 e 127 del Codice di commercio, posti fra le *disposizioni comuni alle società in accomandita per azioni ed anonime*; quanto agli amministratori ci sembra debba dirsi lo stesso, poichè amministratori delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice non possono essere che i soci, i quali abbian già, ed indipendentemente dalla loro qualità di amministratori, illimitata responsabilità per le operazioni poste in essere in nome della società.

La Corte d'Appello di Milano, in una sentenza del 5 febbraio 1892 (1) sanzionò, implicitamente almeno, un principio opposto a quello da noi sostenuto avendo deciso che l'art. 98 del codice di commercio pone il principio che « è il fatto d'avere operato in nome della società anzichè la qualità

(1) *Monit. dei Trib.* 1892, 388.

di socio, promotore o gerente, ciò che induce la obbligazione di cui è parola »; ma questo non è, poichè l'art. 98, come fu già sopra osservato, parla della responsabilità illimitata e solidale dei soci, promotori ed amministratori di una società irregolare, senza distinguere fra quelli che hanno operato e quelli che non hanno operato in nome di essa, e sanziona inoltre la responsabilità illimitata e solidale di ogni altra persona, che abbia operato in nome di una società, non costituitasi regolarmente.

Ciò premesso, non possiamo tacere che la responsabilità illimitata dei soci accomandanti per tutte le operazioni poste in essere dalla società, per la quale non sieno state adempiute le formalità richieste di pubblicazione e trascrizione, è una delle sanzioni più gravi e meno giustificabili che la nostra legge dia alla mancanza di tali formalità. In vero, poichè questa mancanza non può essere dai soci opposta ai terzi (art. 98 codice di commercio) e questi si trovano nella condizione fortunata di potere considerare, secondo che ad essi meglio conviene, la società irregolare come esistente, oppure come non esistente, sembra che, logicamente, tale esistenza di *fatto* non dovrebbe potersi ammettere a danno dei soci, oltre i suoi veri e reali limiti: ora, le società in accomandita semplice irregolari, in realtà, esistono con la responsabilità illimitata di alcuni soci, con la responsabilità di alcuni altri

limitata ad una certa quota; come adunque, logicamente, si possono considerare *esistenti quali realmente non esistono,* cioè con la responsabilità illimitata di tutti quanti i soci? Si ha qui uno strano miscuglio di realtà e di finzione, che contrasta vivamente con ogni principio razionale; si ha cioè la facoltà nei terzi di considerare esistente ciò che esiste *di fatto,* ma non *legalmente,* la società — e questo in omaggio al fatto (che non può negarsi) della esistenza della società medesima, e con lo scopo di obbligare la società ad adempiere alle formalità che la legge richiede; ma per ottenere sempre meglio questo scopo si ha la *finzione* che la società sia differente da quel che è, sia cioè composta di tutti soci illimitatamente responsabili.

Nè questa conclusione può essere efficacemente combattuta con l'osservare che i terzi contraenti con la società non avendo avuto cognizione legale, in mancanza della pubblicazione e della trascrizione dell'atto sociale, del carattere della società, possono ragionevolmente aver creduto tutti i soci illimitatamente responsabili, e quindi essersi indotti a contrattare con la società; infatti, nelle operazioni poste in essere per conto della società il nome degli accomandanti non può apparire, e questi non possono avere avuto nelle operazioni stesse una parte attiva; quindi i terzi non possono essere stati tratti in inganno sul grado di responsabilità degli accomandanti; chè se ciò fosse avve-

nuto, allora non si avrebbe più un'accomandita, ma una vera società in nome collettivo (art. 114 e 118 cod. di comm.).

Il principio posto dalla Cassazione di Napoli ci sembra che vada accolto con un temperamento che dalla Corte non fu accennato, forse perchè non gliene fu offerta l'occasione dal caso su cui ebbe a giudicare, ma neppure fu, nè esplicitamente, nè implicitamente, respinto: e il temperamento si è questo: che la responsabilità illimitata dei soci accomandanti di una accomandita semplice, se la società non fu regolarmente costituita, possa sorgere solo dal momento in cui trascorsero inutilmente i termini entro i quali la pubblicazione e la trascrizione doveano esser fatte.

In vero, un estratto dell'atto costitutivo della società in nome collettivo ed in accomandita semplice deve esser depositato *entro quindici giorni dalla data dell'atto costitutivo nella cancelleria del tribunale* (art. 90 cod. di comm.) e l'estratto stesso deve essere pubblicato nel giornale degli annunzi giudiziari dei luoghi dove la società ha sede, stabilimenti e rappresentanze *entro un mese dal deposito dell' estratto medesimo presso il tribunale* (art. 91 cod. di comm.); orbene, durante questo tempo la mancanza delle avvenute pubblicazioni non può produrre effetto alcuno a danno dei soci, 1° perchè se i soci *possono* attendere questo periodo di tempo, ciò vuol dire che non hanno *l' obbligo*

di fare, prima che questo sia decorso, le pubblicazioni ecc., 2° perchè la pubblicazione e la trascrizione di cui agli articoli 90 e 91 citati richieggono un certo tempo perchè sia *materialmente possibile* di farle e sarebbe assurdo tenere i soci accomandanti responsabili per non aver fatto l'impossibile; 3° perchè se la limitazione, cui ora accenniamo, non si ammettesse, ne verrebbe che sempre i soci accomandanti, in una accomandita semplice, potrebbero diventare responsabili illimitatamente, perchè sempre, di necessità, vi è un periodo in cui, benchè costituita la società, la pubblicazione e la trascrizione non sono ancor fatte e durante il quale può esser necessario di intraprendere delle operazioni in nome della società. Ma qui prevediamo una obbiezione; i terzi, si può dire, i quali non hanno ancora avuto legalmente (cioè dalla pubblicazione e trascrizione) notizia del vario grado di responsabilità dei soci, possono averli creduti tutti illimitatamente responsabili e quindi come tali vanno di fronte a loro ritenuti. — Non neghiamo che la obbiezione abbia apparentemente un certo valore; ma ci sembra che si possa rispondervi, osservando che affinchè nel periodo di cui parliamo gli accomandanti potessero esser ritenuti illimitatamente responsabili per le operazioni fatte in nome della società, bisognerebbe loro riconoscere, durante il periodo medesimo, il diritto (che secondo la nostra legge non hanno) di op-

porsi a coteste operazioni, essendo assurdo ed ingiusto ammettere, a titolo di pena (perchè ha anche questo carattere la disposizione dell'art. 98), una responsabilità in certe persone per atti che esse nè hanno posto in essere, nè potevano impedire. E si noti che, indirettamente almeno, questo effetto gli accomandanti possono, in generale, ottenerlo nelle società in accomandita semplice irregolari, valendosi del diritto di chiedere lo scioglimento della società, per il fatto appunto che questa è irregolare; ma tale diritto loro non compete, come ora vedremo, durante il periodo entro il quale le formalità di pubblicazione e trascrizione vanno adempiute, e, quindi, durante tale periodo i soci accomandanti neppure indirettamente possono ottenere che più non si pongano in essere operazioni in nome della società. La quale differenza fra caso e caso è quella che giustifica la differente risoluzione che, secondo si tratti dell'un caso o dell'altro, noi accettiamo.

Quindi è che, come durante i quindici e trenta giorni di cui agli articoli 90 e 91, i soci non possono valersi della facoltà loro conceduta dall'articolo 99 di domandare la scioglimento della società per la mancanza della trascrizione e della pubblicazione (1), così si dovrà dire che durante cotesti quindici e trenta giorni i soci accomandanti

(1) App. di Messina, 21 dicembre 1880, *Legge*, XXI, 489.

non diverranno, per la mancanza della pubblicazione e della trascrizione richieste dalla legge, responsabili illimitatamente per le operazioni poste in essere in nome della società.

Vediamo ora, brevemente, quali sono le conseguenze del principio posto dalla Cassazione di Napoli per quello che interessa più da vicino il nostro tema. La Corte parrebbe ne traesse delle conseguenze di inaccettabile gravità; dicendo che « i soci accomandanti di una società in accomandita semplice, non legalmente costituita per difetto delle pubblicazioni di regola, assumono responsabilità illimitata ed in solido *ancora quando non compiano direttamente operazioni sociali* » lascia credere di equiparare il caso di responsabilità assunta dall'accomandante per la mancata regolarità delle pubblicazioni ecc. con quella dipendente dalla partecipazione di un'accomandante alle operazioni sociali. I due casi, invece, vanno tenuti ben distinti, poichè mentre il socio accomandante, il quale faccia atto di amministrazione producente diritti ed obbligazioni alla società, diviene « responsabile senza limitazione e solidariamente verso i terzi per tutte le obbligazioni della società » (art. 118 cod. di comm.), cioè responsabile per tutte le obbligazioni sia anteriori sia posteriori all'atto da lui posto in essere, e diviene quindi un vero e proprio socio in nome collettivo (qualità che perde solo dopo lo scioglimento e la liquidazione della società o dopo la sua esclu-

sione dalla medesima, rimanendo però, anche dopo questo, obbligato ai sensi degli articoli 186 e 188 del codice di comm.); quindi deve essere dichiarato in fallimento, quando si dichiara fallita la società; nel caso nostro, invece, la responsabilità del socio accomandante è illimitata per tutte le obbligazioni assunte in nome della società *fino a che non sieno state adempiute le formalità di pubblicazione e trascrizione dell'atto costitutivo* (art. 98). Dunque, nel caso nostro, il socio in accomandita semplice non diventa un socio a responsabilità illimitata, non acquista cioè la qualità di socio in nome collettivo, e quindi non può essere dichiarato in fallimento in conseguenza del fallimento della società; ma risponde, come se fosse socio a responsabilità illimitata e solidale, solamente per quelle obbligazioni che siano state assunte in nome della società fino a che questa è irregolare. Però, valendosi della facoltà a lui conceduta dall'art. 97 di adempiere, anche tardivamente, le formalità prescritte, fa sì che dal momento in cui tali formalità furono adempiute, risponde, per le obbligazioni assunte in nome della società, fino al limite della sua quota (art. 117), riacquista cioè tutti i diritti e risponde unicamente degli obblighi di *socio accomandante*.

Questa opinione nostra, conforme a quella del VIVANTE (1), è stata di recente sottoposta ad una

---

(1) *Trattato*, I, pag. 376.

critica acutissima, con argomenti che erano sfuggiti completamente a quanti si erano occupati della quistione prima di lui, dal Manara nel suo geniale scritto già richiamato *Considerazioni intorno alla interpetrazione dell'art. 89 cod. di comm.* (1).

Intanto, noi stessi abbiam riconosciuto, ed il Manara riproduce le nostre parole, alle quali dà valore l'autorevole sua adesione, che la legge meriti di essere severamente criticata per avere stabilita la responsabilità solidale ed illimitata degli accomandanti nell'accomandita semplice irregolare.

Pel Manara il senso della seconda parte dell'art. 98 è questo: « Sino alla legale costituzione della società, i soci che operano in nome di essa, i promotori che operano in nome di essa, e in generale tutti coloro che operano in nome di essa, contraggono responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni assunte in nome della società. Quelle parole *i soci, i promotori, gli amministratori* non fanno che esemplificare, indicando quelle persone che più comunemente sogliono operare coi terzi in nome della società irregolare; non accennano già ad un ordine di persone diverse, le quali, in opposizione alle seconde, contraggono sempre e tutte la responsabilità solidale ed illimitata, operino esse, oppur no, in nome della società. I soci contraggono responsabilità solidaria

(1) Specialmente a pag. 10-17 dell' *Estratto* della *Giurispr. italiana.*

e illimitata in quanto operino assumendo di fronte ai terzi obbligazioni in nome della società. Altrettanto dicasi degli amministratori...... Altrettanto dicasi dei promotori..... »

Dopo avere lungamente meditato su questa interpetrazione, abbiano finito con il confermarci che ad essa si oppone la parola stessa della legge, perchè l'art. 98 cod. di comm. quando dice « sino alla legale costituzione della società *i soci*, *i promotori*, *gli amministratori e tutti coloro che operano in nome di essa* contraggono responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni assunte » si occupa di due distinte specie di persone; 1ª specie: i soci, i promotori, gli amministratori; 2ª specie: tutti gli altri che operano in nome della società.

Con l'interpetrazione del MANARA, secondo il quale le parole *i soci*, *promotori*, *gli amministratori* non accennano ad un ordine di persone diverse, le quali, in opposizione alle seconde, contraggono sempre e tutte responsabilità solidaria ed illimitata, operino esse, oppur no, in nome delle società; vale a dire che l'art. 89 si riferisce ai soci che operano in nome della società ecc.; con cotesta interpetrazione non solamente si viene ad escludere dalla obbligazione di cui parla l'art. 89 i soci accomandanti che non operano, ma anche gli amministratori ed i promotori i quali non operano, e questo è inammissibile e non sarebbe giusto:

ma come? gli amministratori che sono puniti per non avere eseguite le pubblicazioni richieste per la esistenza regolare della società, non dovrebbero essere neppur essi solidalmente ed illimitatamente responsabili delle obbligazioni assunte in nome della società irregolare, solo perchè essi, personalmente, non operarono?

Il Manara stesso (1) non può disconoscere la differenza che il fatto della responsabilità penale degli amministratori per le mancate pubblicazioni induce tra essi ed i soci accomandanti per quanto si riferisce all'assumere responsabilità illimitata e solidaria; dice, infatti, il Manara: « Perchè i soci a responsabilità limitata — accomandanti o azionisti (2) — perderebbero di fronte ai terzi il beneficio della responsabilità limitata a causa dell'inadempimento delle prescritte formalità? *Se a loro* fosse dalla legge imposto l'obbligo di questo adempimento, potrebbe forse da alcuno essere considerato la radicale trasformazione della condizione loro come una pena, sia pure eccessiva e sproporzionata alla colpa, per la infrazione del precetto legislativo. Ma la legge non impone punto loro quest'obbligo; essa attribuisce loro una facoltà (art. 97 cod. comm.), e non si saprebbe davvero

---

(1) *Considerazioni,* ecc. pag. 13.

(2) Per ora non ci occupiamo di questi: sulla equiparazione che agli effetti della nostra questione il Manara sostiene esistere fra accomandanti ed azionisti, diremo fra breve.

come e perchè il non uso di una facoltà potesse dar luogo a sì gravi conseguenze a carico di coloro ai quali è attribuita. *L' obbligo dell' adempimento delle formalità è imposto agli amministratori.....* »

Il riescire quanto dice, con queste parole, il MANARA ad una argomentazione efficace, ci prova che non è giusto il principio che con esse si viene a sostenere, una volta che il MANARA stesso è costretto a riconoscere che tanto i soci accomandanti, che hanno la *facoltà* di far procedere alle pubblicazioni, quanto gli amministratori, che ne hanno *l'obbligo*, non vanno assoggettati — data la sua interpetrazione dell'art. 98 — a responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni della società. Ma principalmente ci siamo persuasi a non accettare la interpetrazione del MANARA per questo, che accettandola ne viene che *la disposizione dell'art. 98 sarebbe per quanto si riferisce ai soci accomandanti una inutile ripetizione dell'art. 118 cod. di comm.* pel quale articolo l'accomandante, sia l'accomandita regolarmente costituita o no, non può fare verun atto di amministrazione che produca diritti od obbligazioni alla società, nemmeno per procura generale o speciale per una serie o classe di affari, senza divenire responsabile solidalmente ed illimitatamente verso i terzi per tutte le obbligazioni della società (1). Ma il punto su cui

(1) Il MANARA, l. c. pag. 15 giustamente osserva che non ha nessun valore la obbiezione che interpetrando come egli fa l'ar-

maggiormente insiste il Manara, e che realmente ha importanza molta, è il seguente, che accenniamo con le parole precise del Manara (1): « Gli articoli 847 e 863 cod. comm. dimostrano, a mio avviso, che il legislatore non è punto partito dal concetto (che si pretenderebbe leggere nell'art. 98 cod. di comm.) che tutti i soci di una società irregolare siano illimitatamente e solidariamente responsabili. Invero, se il legislatore fosse partito da questo concetto, egli avrebbe dovuto mentovare anche l'anonima nell'art. 847 princ. cod. comm. non soltanto la società in nome collettivo e la società in accomandita semplice o per azioni; perchè anche nell'anonima irregolare — dato che quel concetto fosse vero — i soci, per lo meno in quanto possessori di azioni nominative, sarebbero responsabili senza limitazione; quindi il fallimento della società (art. 863 cod. di comm.) dovrebbe produrre il fallimento dei soci. La verita è che nell'art. 847 cod. di comm. il legislatore, parlando dei soci responsabili senza limitazione, si riferisce esclusivamente ai soci in nome collettivo ed ai soci ac-

---

ticolo 98 si venga a supporre nel codice una disposizione inutile, dato il precetto generalissimo dell'articolo 40 cod. di com.: come osserva a ragione il Manara, mentre l'articolo 89 impone la solidarietà e responsabilità illimitata alle persone che indica, l'articolo 40 cod. di comm. non fa che dettare una presunzione di solidarietà.

(1) L. c. pag. 14.

comandatarii. Non si riferisce agli accomandanti di una società in accomandita irregolare (semplice o per azioni), perchè se anche a questi si fosse riferito, avrebbe naturalmente dovuto mentovare anche l'anonima, i soci dalla quale, le quante volte essa fosse irregolarmente costituita, si troverebbero nella identica condizione degli accomandanti di una società in accomandita semplice o per azioni irregolari ».

Intanto è d'uopo convenire che non ha buon fondamento quanto si dice per evitare l'assurdo rilevato dal MANARA (1), che cioè quantunque l'art. 98 si riferisca a tutte le varie specie di società commerciali, pure non può trovare applicazione nella specie di società per azioni, perchè in queste ogni sottoscrittore può chiedere di essere sciolto dall'obbligazione derivante dalla sua sottoscrizione nel caso di cui all'ultimo cap. art. 99 cod. comm. e la responsabilità solidaria e illimitata è incompatibile con questo diritto; poichè, come ha dimostrato in maniera esauriente il MANARA (2), nello stesso modo che relativamente alle società in nome collettivo e in accomandita semplice, quando le imposte formalità per la regolare loro costituzione

---

(1) Cass. di Napoli, citata sentenza del 26 febbraio 1892.

(2) *Considerazioni*, ecc. pag. 16 e specialmente lo scritto intitolato: *L'articolo 99 § ultimo e l'articolo 863 § primo del codice di commercio,* pubblicato nel *Diritto commerciale,* 1896, 481 e segg.

non siano state osservate, la legge concede un diritto, una facoltà ai soci (art. 99 cod. di comm.), un diritto, o una facoltà, concede ai sottoscrittori delle azioni nelle società in accomandita per azioni ed anonime, quando non sia stato eseguito il deposito dell'atto costitutivo nel termine stabilito (art. 99 ult. al.) ed in entrambi i casi il diritto conceduto è quello di domandare lo scioglimento del vincolo sociale: scioglimento della società o, ciò che vale lo stesso rispetto alle società per azioni, scioglimento del sottoscrittore dall'obbligazione derivante dalla sua sottoscrizione. Ma *re adhuc integra*, come dice il MANARA; vale a dire — e qui riproduciamo le sue stesse parole — « quando la società per azioni che non ha ancora depositato il suo atto costitutivo, non abbia intrapreso le sue operazioni e, quindi non abbia assunto obbligazioni di fronte ai terzi — ed è questo, certamente, il caso normale — quando, in altri termini, la società sia ancora al suo stato latente, non molto dissimile da quello di progetto, i sottoscrittori, potranno esercitare con pieno effetto il loro diritto di chiedere di essere sciolti dalla obbligazione derivante dalle loro sottoscrizioni; ma se la società avrà, nonostante il non avvenuto deposito, intrapreso le sue operazioni e in conseguenza delle medesime avrà assunto obbligazioni con terzi, la società e quindi i sottoscrittori dovranno rispondere di queste obbligazioni; epperò il diritto dei sot-

toscrittori di chiedere di essere sciolti dalla obbligazione derivante dalle loro sottoscrizioni non potrà più essere esercitato con pienezza di effetto; sibbene lo scioglimento della obbligazione assunta colla sottoscrizione sarà più o meno limitato, e potrà essere escluso del tutto o riuscire, in altri termini, del tutto inefficace, quando l'ammontare delle obbligazioni contratte verso i terzi raggiunga o superi il capitale sociale » (1).

All'argomento del MANARA che se si ammette la responsabilità solidale ed illimitata per l'accomandante, deve ammettersi pure per l'azionista, nel caso di società irregolari, ci sembra di poter rispondere così: o l'ultima parte dell'art. 99 cod. di comm. si interpetra come vuole la Cassazione di Napoli, e l'argomento del MANARA cade da sè: o si interpetra, come noi crediamo si debba fare, nel senso sostenuto dal MANARA ed allora, secondando questa interpetrazione stessa, è dall'articolo medesimo che si vede confermata l'opinione nostra; poichè la sanzione, di fronte ai terzi, per la mancata regolarità della società anonima è *la responsabilità degli azionisti fino all'ammontare della somma da loro sottoscritta;* vale a dire la perdita *di fronte ai terzi* del diritto che hanno *di fronte alla società* di essere sciolti dalla obbligazione derivante dalle loro sottoscrizioni, per non essersi adempiute le formalità di pubblicazione ecc.

---

(1) *L'articolo 99 § ultimo,* ecc. pag. 489 e 490.

Con ciò non si toglie che *razionalmente* la condizione degli accomandanti dovrebbe essere come quella degli azionisti, ed il merito del **Manara** è di avere orientato la questione verso questa soluzione, per l'avvenire; ma la nostra legge quando si tratta di accomandanti pone la sanzione della illimitata responsabilità nel caso contemplato dall'art. 89, perchè la nostra legge tende ad esagerare il principio che gli accomandanti non debbano nè fare, nè lasciar credere, in modo alcuno, ai terzi di essere soci a responsabilità illimitata: ciò porta a renderli responsabili se operano in nome della società (art. 118), ciò porta a renderli illimitatamente responsabili se non si eseguiscono le pubblicazioni richieste perchè la società sia costituita regolarmente (art. 89); il che, se non è giusto e non è razionale per noi, è certo una conseguenza del sistema della nostra legge.

Per le società anonime è tutt'altra cosa: il carattere di queste e la loro natura escludono il pericolo che i terzi sieno tratti in inganno sul grado della responsabilità degli azionisti, se le pubblicazioni richieste dalla legge non furono eseguite: appunto perchè tutti i soci sono egualmente soggetti ad una responsabilità limitata, non è possibile che nei terzi sorga l'opinione che tutti i soci abbiano assunta una responsabilità solidaria ed illimitata. Un socio di una anonima, che non sia nè *promotore*, nè *amministratore* non si concepisce che

possa operare in nome della società *in quella sua qualità d'azionista;* potrà operare per mandato, speciale, o generale, ricevuto dagli organi sociali; ma in questo caso perchè dovrebbe assumere una responsabilità solidaria ed illimitata? Non è lui che si è obbligato in nome della società; è il suo mandante. Dunque quando l'art. 98 parla di soci non si riferisce agli azionisti.

Ci pare, con il fin qui detto, di avere, se non giustificato, spiegato il sistema della nostra legge: la differenza che passa fra accomandante ed azionista di società irregolare, per la responsabilità delle obbligazioni sociali, illimitata pei primi, limitata pei secondi, si spiega considerando che ha da essere illimitata pei primi perchè la irregolarità delle società, come l'occuparsi i soci d'affari sociali, possono far sorgere, trattandosi di società di persone e di capitali, il dubbio che i terzi sieno tratti in inganno sulle persone dei soci illimitatamente responsabili; può rimanere limitata pei secondi, anche in caso di mancanza della pubblicità ordinata dalla legge, perchè, trattandosi di società anonime, cioè di società di capitali, non può sorgere confusione sulla responsabilità personale, illimitata o meno, dei soci — il carattere delle società stesse escludendo ogni possibilità di confusione o di errore. In una parola, la società in accomandita, solo perchè tale, può fare sorgere, al contrario delle società anonime, se le pubblicazioni

non sono eseguite, confusioni nei terzi sull'essere, o meno, determinati soci solidalmente ed illimitatamente responsabili: onde la sanzione dell'art. 98 per gli accomandanti e non per gli azionisti.

Partendo dal principio della responsabilità illimitata dell'accomandante nell'accomandita semplice irregolarmente costituita, la Corte di Cassazione di Torino con sua sentenza del 7 agosto 1894 (1) stabilì che il fallimento della società produce anche quello dell'accomandante.

« Poichè, così ha ragionato la Corte di Torino, se per difetto di forme la contratta società non può opporsi dai soci ai terzi, male i soci potrebbero da tale difetto, di cui essi soli sono responsabili, trarre arma per sottrarsi alla disposizione dell'art. 847, il quale sanziona che il fallimento di una società in nome collettivo od in accomandita produce il fallimento dei soci responsabili senza limitazione, a causa del non aver regolarizzato l'atto di costituzione della società. Il quale disposto d'altronde, quando non provvedesse direttamente al caso, pure dovrebbesi applicare per ragione di analogia, poichè si ha pur sempre una società di fatto, nella quale la solidarietà stringendo i singoli soci ed i loro patrimonii in una specie di collettività, importa di necessità che gli obblighi assunti a nome della società stessa siano obblighi di tutti

(1) *Giurisprudenza italiana*, 1894, I, 994.

i soci, ed il difetto di essa ad adempirli sia difetto di tutti; chè se nel patrimonio di alcuno si avesse avuto modo di soddisfarli, non sarebbero stati lasciati insoluti ».

Pure accettando il principio che una società irregolare possa dichiararsi fallita, il ragionamento ora riportato non ci sembra giusto, e non ci sembra quindi da approvare la conclusione cui la Corte di Torino, seguendo quel ragionamento, è pervenuta.

Cominciamo col fissare esattamente quale è la condizione dei soci accomandanti, se la società è irregolarmente costituita, di fronte ai terzi creditori di questa: vedremo poi come naturale e necessaria conseguenza di tale loro condizione sia l'applicabilità ad essi della disposizione dell'articolo 847, per cui il fallimento di una società in nome collettivo od in accomandita semplice produce anche il fallimento *dei soci responsabili senza limitazione:* la quale disposizione vedemmo giustificarsi osservando che il fatto di avere i soci illimitatamente responsabili lasciato fallire la società di cui fanno parte fa presumere che essi stessi sieno nella impossibilità di soddisfare agli obblighi della società.

Nei rapporti fra' soci, la società, fino a che esiste, sia pure irregolarmente, produce i medesimi effetti che produrrebbe se fosse regolarmente costituita: quindi, trattandosi di società in accomandita sem-

plice irregolare, gli accomandanti non hanno che i limitati diritti d'ispezione e sorveglianza sopra le operazioni sociali, di cui all'articolo 118 cod. di comm.; conseguenza di ciò si è che essi non possono ad ogni momento conoscere lo stato finanziario della società e possono ignorare che essa si trovi in procinto di cessare i pagamenti; per ciò viene, trattandosi di società in accomandita, anche se irregolare, a mancare la base stessa della presunzione che i soci tutti sieno nella impossibilità di pagare perchè la società ha cessato i suoi pagamenti, presunzione che ha determinato la disposizione dell'articolo 847 per i soci a responsabilità illimitata.

A ciò si aggiunga, come abbiamo sopra dimostrato, la differenza che passa fra il caso di responsabilità assunta dall'accomandante per la mancata regolarità delle pubblicazioni del contratto sociale, e quello dipendente dalla partecipazione di un accomandante alle operazioni sociali. Mentre il socio accomandante il quale faccia atto di amministrazione producente diritti ed obblighi alla società diviene « responsabile senza limitazione e solidariamente verso i terzi per tutte le obbligazioni della società » (art. 118 cod. di comm.), cioè responsabile per tutte le obbligazioni sia anteriori sia posteriori all'atto da lui posto in essere, *e diviene quindi un vero e proprio socio in nome collettivo* (qualità che perde solo dopo lo sciogli-

mento e la liquidazione della società o dopo la sua esclusione dalla medesima, rimanendo però anche dopo questo obbligato ai sensi degli artt. 186 e 188 del cod. di comm.); nel caso di irregolarità nella costituzione della società, la responsabilità del socio accomandante diviene illimitata per tutte le obbligazioni assunte in nome della società, fino a che non sieno state adempiute le formalità di pubblicazione e trascrizione dell'atto costitutivo (art. 98 cod. di comm.).

Ora, l'art. 847 quando dice che « il fallimento di una società in nome collettivo produce anche il fallimento dei soci responsabili senza limitazione » si riferisce, indubbiamente, ai soci in nome collettivo ed agli accomandatari; ma nè fra gli uni, nè fra gli altri possono includersi gli accomandanti di una società irregolare, poichè se questi soci in forza dell'articolo 98 del cod. di comm., contraggono, come abbiamo dimostrato, « responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni assunte » non divengono, però, « soci responsabili senza limitazione » e commercianti, agli effetti e nel senso dell'articolo 847. Per quanto la distinzione sembri sottile, essa ha, però, un fondamento positivo; tali soci non cessano di essere *accomandanti* se pel fatto della irregolarità nella costituzione della società, e *finchè la irregolarità dura*, contraggono *per questo fatto* responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali; e

se rimangono *accomandanti*, non rientrano fra quelli che l'articolo 847 qualifica di « soci responsabili senza limitazione » cioè soci in nome collettivo e accomandatari.

La stessa Corte di Torino, nella più volte ricordata sentenza, sembra incerta su questo punto poichè ammette, almeno in via subordinata, che l'articolo 847 trovi applicazione, nel caso di accomandanti di una società irregolare, per ragioni di analogia; ma questa interpetrazione analogica non è ammissibile, perchè nel caso di soci accomandanti, si tratti pure di una società irregolare, manca, come vedemmo, la ragione della presunzione su cui si fonda l'articolo 847; manca cioè, assolutamente, (anche entrando nel concetto della nostra legge, che noi abbiamo trovato criticabile) la ragione di presumere che la cessazione dei pagamenti, quindi il fallimento della società in accomandita irregolare, siano avvenuti perchè i suoi accomandanti non abbiano fornito i denari sufficienti a far fronte al passivo sociale *perchè non erano in grado di fornirli.*

c) Società anonime e in accomandita per azioni.

Per la validità della costituzione delle società in accomandita per azioni ed anonime è necessario che sia sottoscritto l'intiero capitale sociale, e che siano versati da ciascun socio tre decimi del capitale stesso, salvo per le società che han

per oggetto l'impresa delle assicurazioni, per le quali è sufficiente il versamento di un decimo del valore delle azioni sottoscritte da ciascun socio. Essendo, però, secondo l'articolo 1709 del Cod. civ. « ogni socio debitore verso la società di tutto ciò che ha promesso di conferirvi » ogni azionista di un'anonima o di un' accomandita è tenuto a soddisfare l'integrale ammontare delle sue azioni.

Gravissima questione è quella intorno alla condizione che il fallimento fa agli azionisti per questo rispetto, ai diritti che ha il curatore del fallimento di una società per ottenere dagli azionisti il versamento dei decimi non ancora pagati; e questione anche di grande importanza pratica, verificandosi spesso che una società fallita abbia le sue azioni con diversi decimi non versati ancora, potendo e dovendo, alcune volte, una società per azioni che si trovi in cattive acque rinunciare a chiedere agli azionisti i versamenti non ancora fatti *per non peggiorare la propria condizione;* poichè, come osserva giustamente il CANONICA (1), « se la crisi è divenuta intensa, ogni domanda di un versamento può intimorire non solo azionisti, ma anche creditori; gli azionisti si affrettano a vendere le azioni *ed essi i primi ne fanno scapitare il prezzo e gettano il discredito sulla società,* di modo che, posto anche che gli azionisti versassero un milione alla società, vi è pericolo che

(1) *Pensieri sopra la riforma delle società anonime*, pag. 76.

contemporaneamente i creditori, o per conti correnti, o per altre ragioni, ritirino una somma maggiore del milione versato dagli azionisti. L'esperienza ha dimostrato che i versamenti fatti prima della crisi consolidano la società; ma che la *domanda dei versamenti durante la crisi non è scevra di pericoli, tanto che alcune società se ne astengono, quantunque abbiano urgente bisogno di capitali.* »

La nostra legge ha una precisa disposizione per regolare i diritti del curatore di una società fallita per quanto si riferisce ai versamenti ancora da farsi sulle sue azioni. Nei motivi del codice di commercio (1) si legge che « essendosi dubitato talvolta se chi rappresenta la massa abbia facoltà di ripetere dai soci responsabili limitatamente, nelle società anonime ed in accomandita, i versamenti da essi non per anco effettuati, qualora i bisogni della società fallita lo esigano, credesi opportuno di stabilire che il curatore può essere autorizzato a richiedere i versamenti ulteriori dei quali il tribunale riconosca il bisogno »; in seguito a tali considerazioni sorse la disposizione dell'articolo 852 cod. di comm. pel quale « il curatore può essere autorizzato a chiedere i versamenti ulteriori dei quali il *tribunale riconosca il bisogno.* »

Ora la questione, teoricamente e praticamente importante, è di vedere da quali principî devesi

(1) *Atti della commissione,* ecc. n. 957.

partire per stabilire se *esista il bisogno* che il curatore disponga dei decimi non ancora versati sulle azioni; resta, quindi, malgrado il disposto dell'articolo 852 da fissare quali sono i diritti del curatore, quali sieno gli obblighi correlativi degli azionisti per il non versato, affine di poter determinare quali sono i criteri in base ai quali giudicare se vi sia il *bisogno* di cui l'articolo 852 parla; resta, in poche parole, da fissare quali principî il tribunale deve seguire per decidere sulla domanda del curatore per ottenere l'autorizzazione a chiedere agli azionisti il pagamento dei decimi non ancora versati.

Intorno alla condizione che il fallimento crea agli azionisti per i loro obblighi relativamente alla parte non ancora versata sulle azioni, alcuni credono che debba partirsi dal principio che il curatore di un fallimento deve procedere senza distinzione alla realizzazione di tutti i crediti del fallito; secondo i sostenitori di tale opinione non si può ammettere che i debitori sieno in diritto di opporre al creditore un'eccezione fondata sul fatto che il pagamento integrale del loro debito sarebbe inutile per pagare il passivo del fallimento, poichè in caso del fallimento di una società gli azionisti sono puramente e semplicemente dei debitori del fallito, essendo la società — persona morale distinta dalle persone dei soci — che è colpita dalla dichiarazione del fallimento; per gli azionisti la

situazione non varia; restano debitori verso il fallimento, come verso la società, dell'ammontare integrale di ciò che han promesso di conferire. Ne vien quindi, pei sostenitori di una tale opinione, che gli azionisti non possono, come non può un debitore ordinario, opporre al sindaco una eccezione fondata sul fatto che il versamento integrale di tutte le azioni non è necessario per soddisfare il passivo; non si tratta, aggiungono, che di applicare esattamente i principî — nè vi è alcuna ragione di derogarvi; anzi, le azioni costituenti il capitale sono la garanzia per eccellenza dei creditori — e per ciò la loro realizzazione integrale si impone al sindaco come una necessità e come un dovere (1).

Noi, invece, seguiamo una opinione tutta diversa: il fallimento della società a noi sembra che induca un cambiamento *sostanziale* negli obblighi degli azionisti per il pagamento del non ancora versato sulle azioni.

Il versamento dei decimi che, a condizioni normali, è deliberato dall' assemblea, se tale facoltà non è stata devoluta agli amministratori, può avere, a condizioni normali, due scopi, o uno di

(1) Confr. specialmente CHOPPARD, *Du versament intégral des actions* nella *Revue des Sociétés,* 1887, 41-45, e la sentenza della Cass. di Francia, 20 ottobre 1886 (SIREY, 1887, 1, 49). La stessa opinione è sostenuta anche da THALLER (op. cit. in *Revue critique,* vol. cit. pag. 294) il quale riconosce che tale regola non è quella che una buona legislazione dovrebbe accettare.

questi due scopi: di servire a soddisfare degli obblighi sociali, di servire all'esercizio della impresa sociale. Ciò posto, ne viene naturalmente che il diritto che ha la società di ottenere dagli azionisti il versamento sulle sue azioni non passi integralmente nel curatore del suo fallimento, perchè i versamenti in mano di questo non possono servire che a uno solo di questi scopi — il pagamento del passivo, l'ulteriore funzionamento della impresa sociale sfuggendo alla sua competenza.

Il diritto al versamento del capitale sottoscritto esiste *assoluto* (nel senso cioè che esiste semplicemente perchè fu deliberato dall'assemblea o dagli amministratori) solo di fronte alla società, e finchè essa esiste con vita pienamente attiva, cioè fino a quando non è disciolta; con lo scioglimento della società cotesto diritto vien limitato: rimane cioè in quanto esso interessi ai creditori sociali; quindi, durante la liquidazione, i liquidatori devono chiedere i versamenti agli azionisti *se i fondi disponibili della società non sono sufficienti a pagare il passivo esigibile* (art. 202 cod. di comm.). Se la società è in fallimento, ma non disciolta, permane l'obbligo degli azionisti di pagare il non versato sulle azioni in quanto sia necessario a soddisfare il passivo e *resta sospeso* l'obbligo assoluto del versamento stesso che risorge, se, fatto il concordato, o soddisfatti intieramente i creditori, la società riprenda l'esercizio della sua impresa.

Il principio da cui partono lo CHOPPARD, e la Cassazione francese che gli azionisti sono debitori e come tali han l'obbligo di pagare i loro debiti al curatore del fallimento della società, è tutt'altro che sicuro ed esatto: il principio che vale in proposito deve, invece, formularsi così: *giuridicamente il diritto pei terzi di esigere dagli azionisti i versamenti non ancora effettuati sul capitale sociale è in ragione diretta delle esigenze del passivo* (1).

Infatti, il debitore ordinario deve pagare integralmente, al curatore della società, il suo debito, senza che l'avvenuto fallimento di questa per niente modifichi gli obblighi suoi: l'azione verso il debitore della società si esercitò in forza della obbligazione di lui, *sulla quale il fallimento non esercita influenza alcuna.* La condizione degli azionisti per il pagamento del non versato, è ben diversa; quando la società sia disciolta e i creditori sociali sien soddisfatti *gli azionisti son liberati dal loro obbligo di conferire ciò che han promesso, anzi se vi è una eccedenza d'attivo se la dividono.* Il fallimento non scioglie di per sè la società; quindi esso, per sè solo, non libera gli azionisti da ogni loro obbligo pel conferimento, neppure dopo soddisfatto il passivo sociale; ma siccome, durante il fallimento, la vita della società rimane, normalmente e per la natura delle cose, sospesa, rimane pure sospesa l'obbliga-

(1) DE-MOLÈNES, op. cit. pag. 52.

zione dei soci di fare il versamento che non sia richiesto per l'*estinzione del passivo*. L'azionista non è dunque, *come tale*, un debitore della società nella condizione di ogni altro debitore, quel che egli ha promesso di conferire non costituisce un debito come ogni altro, che la società abbia diritto di esigere per dividerne l'importo fra i soci al momento della divisione, ma è un debito di carattere particolarissimo, sostanzialmente diverso da tutti gli altri, che non è esigibile che all'effetto di servire per la soddisfazione delle obbligazioni della società. La qualità di azionista domina su quella di debitore, nel senso che caratterizza il debito stesso e le condizioni cui è sottoposta la esazione del medesimo.

Il DELACOURTIE (1) sostiene vigorosamente l'opinione opposta, osservando: « Il faut distinguer..... 1 - les obligations des actionnaires dans leurs rapports entre eux et avec la société; 2 - leurs obligations dans leurs rapports avec les créanciers de la société. Et si dans la prémière hypothèse la qualité d'actionnaire est dominante, dans la seconde elle tende à disparaître, puisque les créanciers sociaux n'ont pas été parties au contrat qui a créé l'être moral. Sans doute la personnalité morale est une fiction créée surtout dans l'intérêts des actionnaires, sans doute aussi la loi lorsqu'elle a imposé les

(1) *Droits du syndic dans la faillite des sociétés par actions*, pag. 66.

souscriptions intégrales du capital social, et le versement du quart a eu en vue l'intérêt des actionnaires qui vont répondre en souscrivant à l'appel des fondateurs. Mais il ne faut pas oublier la part qu'a dans les prescriptions du législateur l'intérêt des tiers qui traiteront avec la société constituée; aussi s'il est nécessaire à l'égard des actionnaires que la souscription soit certaine, définitive comme étant la condition même du consentement donné par chacun d'eux à l'engagement qu'il a pris en souscrivant; vis-à-vis des tiers, il n'est pas moins nécessaire que cette souscription soit complète, sincère et telle que rien ne puisse avoir pour effet d'amoindrir dans une mesure quelconque le capital statuaire qui est dans sa totalité le gage et la garantie de quiconque fera confiance à la société..... *Vis-à-vis des créanciers à venir* (en souscrivant les actions) *il y a promesse unilaterale permanente de compléter l'apport social.* Cette promesse qui est distincte du contrat de société passé entre les differents membres de la société est appelée à créer un rapport d'obligation lorsque plus tard des tiers traiteront avec les organes de la société sur la foi du gage qui leur fournit l'apport social ».

Tutto questo ragionamento ci sembra fondato sul vuoto: la promessa del versamento delle azioni è fatto alla società *unicamente*, e la promessa unilaterale e permanente ai creditori futuri, da parte degli azionisti, è assolutamente fantastica. I terzi

creditori non hanno un diritto proprio a che il conferimento sia effettuato dagli azionisti, hanno diritto ad essere pagati sino all'ammontare del capitale sociale, cioè anche sui conferimenti promessi dagli azionisti. Ma la differenza fra i due concetti e fra le due cose è sostanziale: tanto da giustificare la nostra conclusione che, il diritto pei conferimenti promessi spettando ai terzi per il pagamento dei loro crediti verso la società, il curatore della società fallita che nel chiedere i versamenti non ancor fatti sulle azioni può agire unicamente nell'interesse dei creditori sociali, non abbia il diritto di fare quella richiesta che in quanto e fino a quel tanto, che il versamento *sia necessario per soddisfare il passivo della società.*

Se la società fallita fa poi un concordato, rimane negli azionisti l'obbligo di fare gli ulteriori versamenti (1): se, malgrado il concordato, la società si scioglie, l'obbligo dei soci di eseguire i versamenti è sottoposto alla condizione che i fondi disponibili non sien sufficienti a pagare il passivo esigibile (art. 202 cod. di comm.), cioè a far fronte agli impegni assunti dalla società col concordato; se invece, in seguito a questo, la società riprenderà l'esercizio del suo commercio, allora l'obbligo degli azionisti pei versamenti risorge *assoluto,* cioè essi dovranno procedervi ad ogni richiesta, quando questa sia stata legalmente deliberata.

(1) App. di Milano, 31 dicembre 1889, *Monit. trib.* 1896, 262.

Ci sembra di avere così dimostrato e giustificato entro quali limiti la facoltà del curatore di esigere dagli azionisti i decimi non versati va trattenuta come regola; e così ci sembra di avere dato un concetto esatto e preciso di quel che si deve intendere secondo l'art. 852, per il *bisogno* che deve manifestarsi perchè il tribunale autorizzi il curatore a chiedere sulle azioni il versamento dei decimi non ancora pagati, decimi che non sono necessariamente elementi dell'attivo sociale a disposizione del curatore.

Una questione che, almeno teoricamente, ci sembra interessante, in quanto serve a chiarire la condizione degli azionisti, pel non versato, di fronte al fallimento delle società, sorge per gli impegni assunti dal curatore, in tale sua qualità.

Si ammette generalmente, e l'avere chiarito tale punto è merito principalmente della dottrina tedesca, che dalla sentenza dichiaratrice del fallimento si abbiano i creditori del fallimento o della massa *(Massegläubiger)* distinti dai creditori concorsuali, cioè creditori del fallito anteriori alla dichiarazione del fallimento, o dai creditori del fallito posteriori alla dichiarazione: ma non si è d'accordo sui loro diritti pel pagamento del loro avere nel caso che l'attivo del fallimento non sia sufficiente a soddisfarlo: quelli autori che ammettono che i beni del fallimento costituiscono una persona giuridica separata e distinta sostengono

che i creditori del fallimento hanno un subbietto passivo del credito diverso dai creditori concorsuali; questi rappresentano lo *scopo* per cui il nuovo patrimonio esiste giuridicamente in modo autonomo, non sono *suoi* creditori, ma compartecipanti al futuro resultato della liquidazione, al dividendo della fallita; operasi una prededuzione a favore dei creditori della massa, prima che questa venga repartita fra i concorsuali; e se l'attivo fosse insufficiente a soddisfare i creditori del fallimento o della massa, essi non avrebbero più azione per farsi pagare, non potendosi essi rivolgere nè contro i creditori del fallito, nè contro il fallito stesso. Per quelli autori, invece, che, sostengono che il patrimonio, benchè sottoposto alla liquidazione giudiziale del fallimento, rimane sempre patrimonio del fallito, ne viene che i creditori della massa, che non trovino pagamento sull'attivo del fallimento, avranno azione contro il fallito, dopo chiuso il fallimento (1).

Per il pagamento dei *creditori del fallimento*, il curatore ha facoltà di esigere il versamento del residuo sulle azioni, e quindi si ha in tal caso, quel bisogno di cui parla l'articolo 852, e che il tribunale deve riconoscere esistente per autorizzare il curatore a chiedere tale versamento?

Noi crediamo che debba farsi una distinzione fra *spese* e *debiti* della massa.

---

(1) Confr. BONELLI, op. cit. pag. 101, nota 218.

Parliamo prima delle *spese*. Partendo dal principio, che ci sembra doversi accettare di fronte alla nostra legge, che i beni in liquidazione di fallimento rimangono *beni del fallito*, ci sembra che gli azionisti abbiano il dovere di concorrere coi residui dovuti sulle azioni al pagamento delle spese del fallimento — e quindi il curatore possa essere autorizzato a chiedere i versamenti a tale scopo.

Infatti, ammesso che durante il fallimento delle società gli obblighi degli azionisti pel versamento dei decimi non soluti sulle azioni si limitino a quanto sia necessario per estinguere il passivo, non può contestarsi (per li stessi motivi che ci hanno fatto ammettere questo principio) che gli obblighi degli azionisti si debbono estendere anche alle *spese* del fallimento, queste facendo parte del passivo, tanto che son pagate sul patrimonio del fallito, con preferenza sugli altri crediti (art. 795 cod. di comm.); d'altronde, è naturale includere nel passivo le spese necessarie per liquidarlo.

Quanto ai debiti della massa derivanti dalle operazioni del curatore, la nostra legge, come del resto la legge francese, non determina quali possono essere; lo determina invece il *Concursordnung* germanico (§ 52) pel quale sono debiti della massa *(Masseschulden)*:

1° i diritti nascenti da negozi giuridici o atti compiuti dal curatore;

2° i diritti derivanti da contratti bilaterali,

la cui esecuzione sia chiesta nell' interesse della massa e debba aver luogo dopo l'apertura del concorso;

3° i diritti derivanti da un indebito arricchimento della massa.

Lyon-Caen e Renault (1) e il Bonelli (2) (il quale, però, non è stato esattissimo nell' indicare gli atti contenuti nel n. 2 del § da noi riprodotto del *Concursordnung* germanico) sostengono giustamente che le soluzioni adottate dalla legge tedesca, debbano accettarsi anche per diritto francese ed italiano.

I debiti della massa possono specialmente assumere importanza quando il curatore sia stato autorizzato dal giudice delegato a continuare provvisoriamente l'esercizio del commercio del fallito (art. 750 cod. di comm.) e, più ancora, quando la continuazione dell'amministrazione sia stata deliberata dai creditori (art. 794).

Vediamo, prima di esaminare più da vicino la questione nostra, quali sono in generale i diritti dei creditori della massa per ottenere pagamento. Finchè basta l'attivo si deve provvedere con questo, accordando ai creditori della massa un diritto di preferenza sui creditori anteriori al fallimento; se questo attivo non è sufficiente, i soli creditori (contribuenti in proporzione dei rispettivi crediti) che le

(1) *Précis*, n. 2878.

(2) Op. cit. pag. 104.

hanno autorizzate sono tenuti personalmente, oltre la loro parte nell'attivo, entro i limiti dell'autorizzazione (art. 79); se vi fu da parte del curatore eccesso, esso risponderà in proprio, in applicazione ai principî del diritto comune, delle obbligazioni contratte fuori dei limiti delle sue facoltà (1).

Ma il fallito, dopo chiuso il fallimento? Per il Bonelli (2), quando i creditori della massa non trovano capienza sui beni del fallito e non possono, in ordine all'art. 750, cioè nel caso di autorizzazione da parte dei creditori del fallito, e entro i limiti di questa, farsi pagare da questi *uti singuli, i nuovi creditori mancano assolutamente di debitore*.

Noi crediamo — per venire alla questione propostaci, per definire la quale le esposte premesse erano indispensabili — che anche per quanto si riferisce ai debiti del fallimento, sia da distinguere fra debiti e debiti, passando, agli effetti della questione nostra, una sostanziale differenza fra alcuni di essi e alcuni altri. Vi sono debiti del fallimento che per la loro natura non sono differenti dalle *spese*, in quanto il contrarli fu necessario per conservare l'attivo del fallimento; hanno tal carattere, p. es., le obbligazioni assunte dal curatore nell'esercizio del commercio la cui continuazione fu

(1) Vidari, op. cit. n. 4930.
(2) Op. cit. pag. 106.

autorizzata dal giudice delegato, *perchè il commercio non poteva essere interrotto senza danno dei creditori* (art. 750).

Come per esse, rimane obbligato il fallito, dopo chiuso il fallimento, così gli azionisti han l'obbligo di fare i versamenti sulle azioni, dovendosi intendere il loro obbligo di procedere a questi *per soddisfare il passivo*, esteso a tutto ciò che è *necessario* perchè alla soddisfazione del passivo si provveda. Deve quindi, in tal caso, il tribunale riconoscere la necessità del versamento, ed autorizzare il curatore a richiederlo agli azionisti.

Se si tratta, invece, di obbligazioni assunte dal curatore perchè i creditori, in ordine all'art. 794 e deliberando con la maggioranza di voti da questo articolo richiesta, stabilirono che, sospesa la vendita dei beni, si continuasse dal curatore l'amministrazione del patrimonio commerciale del fallito, il fallito, chiuso il fallimento, non ha l'obbligo di soddisfarle; poichè cotesta deliberazione fu presa dai suoi creditori, nel loro esclusivo vantaggio, non per conservare il patrimonio del fallito, ma per migliorarne le condizioni; quindi impegna esclusivamente i creditori che autorizzarono la continuazione, ed il curatore che abbia ecceduto i limiti dell'autorizzazione ricevuta; non il fallito, indubbiamente.

Ciò posto, ne viene che gli azionisti di una società fallita non abbian l'obbligo di concorrere, ver-

sando gli intieri decimi sulle azioni, al soddisfacimento di obbligazioni contratte in seguito a quella deliberazione dei creditori; qui non si tratta di passivo della società, nemmeno inteso nel senso più largo della parola, ma di un passivo della massa dei creditori, del quale rispondono, oltre il patrimonio della massa, coloro che autorizzarono il curatore a crearlo.

Nel caso in cui la società sia in liquidazione, per chiedere il versamento dei decimi il liquidatore deve giustificare ad ogni azionista che il versamento stesso è necessario per soddisfare il passivo sociale; nel caso di fallimento la legge nostra ha reputato sufficiente che tale *giustificazione* sia data una volta tanto e con semplice ricorso motivato al tribunale, e ha statuito che, in forza dell'autorizzazione accordata dal tribunale al curatore di richiedere quanto non ancora fu versato sulle azioni, questo divenga esigibile, di fronte a tutti gli azionisti, nei limiti dell'autorizzazione. Questa accordata, e non più soggetta a rimedi di sorta, la *necessità* dei versamenti è un fatto su cui non può ritornarsi sopra; gli azionisti debbono pagare le somme dovute sulle azioni, a meno che non presentino delle eccezioni a loro *personali*, senza aver diritto di contestare più la necessità dei chiesti versamenti per far fronte al passivo sociale.

La differenza di trattamento fra i due casi di liquidazione e di fallimento si comprende facil-

mente: nel secondo è più forte la presunzione della necessità dei versamenti ulteriori per far fronte al passivo; quindi reputasi sufficiente a riconoscerla una sentenza del tribunale, pronunciata senza il contradittorio, che potrebbe portare a lunghe dispute, prolungando indefinitamente la procedura di fallimento. La sentenza autorizzativa del tribunale, in ordine all'art. 852 pronunciata, non è un atto avente forza esecutiva, nel senso che in forza di essa il curatore possa obbligare gli azionisti al pagamento. Se gli azionisti, malgrado la sentenza del tribunale che autorizza il curatore a chiedere i versamenti ulteriori, si rifiuteranno di eseguirli, il curatore dovrà ottenere una sentenza di condanna al pagamento contro di loro.

Il fin qui detto ci permette di risolvere subito, e da un punto di vista fino ad ora trascurato, la questione se l'autorizzazione, di cui all'art. 852, al curatore di chiedere i versamenti ulteriori sulle azioni, possa accordarsi nello stesso giudizio e con la stessa sentenza in cui il tribunale, sopra istanza del curatore, condanni gli azionisti a pagare le somme dovute sulle azioni. Il CUZZERI (1) risolve la questione affermativamente conforme alla prevalente giurisprudenza da lui citata; egli dice: « Invero, siccome gli articoli 852 e 915 del codice di commercio non ebbero altro intento che quello

---

(1) Op. cit. pag. 669.

di premunire gli azionisti contro il pericolo di essere dal curatore obbligati a importuni ed arbitrari pagamenti, la convenienza e la ragione consigliano di ammettere la surrogazione al modo tracciato dai detti articoli di un altro sistema, con cui egualmente si raggiunge lo scopo del legislatore propostosi ». E la Cassazione di Torino, 30 marzo 1888 (1), per venire alla stessa conclusione, osservava che la sostituzione del procedimento contenzioso a quello di giurisdizione volontaria offerendo maggiori garanzie a favore delle parti non può condurre a nullità, tanto più perchè trattasi di una procedura preliminare che non è stata ordinata *sotto pena di nullità.*

Cominciamo da quest'ultimo punto: non si tratta di nullità da pronunciarsi; si tratta di vedere se il tribunale è *competente* ad accordare l'autorizzazione di cui all'art. 352, *solamente* in Camera di Consiglio: si tratta di una questione più generale ancora: se tutte le volte che sia richiesta una procedura preliminare per avere l'autorizzazione del tribunale *a stare in giudizio*, la procedura stessa debba compiersi prima che il giudizio intervenga: posta così la questione non ci pare dubbio che debba venirsi ad una conclusione opposta a quella seguita dallo scrittore e dalla Corte ora citati: nè ci si accusi di risolvere la questione col fatto

(1) *Giurisprudenza*, 1888, 575.

stesso di porla, parlando di procedura *preliminare,* perchè la Corte di Torino nella sua sentenza sostiene appunto che una procedura preliminare ad un atto può essere contemporanea a questo!

L'autorizzazione di cui all'articolo 852, deve essere un atto *preliminare*, e la legge lo ha voluto tale, per evitare che dal curatore si iniziino cause per versamenti di decimi, contro gruppi di azionisti, senza sufficiente ragione, cause che per il numero di persone che interessano, possono portare seri perturbamenti nella vita finanziaria del paese.

La competenza esclusiva del tribunale in Camera di consiglio e del tribunale che ha pronunciato il fallimento della società, si spiega anche pensando che si tratta di una autorizzazione da concedersi presa cognizione di tutti gli atti e delle condizioni del fallimento stesso: di un'autorizzazione avente carattere di provvedimento generale da concedersi una volte tanto *per tutte le azioni* e faciente stato *di fronte a tutti gli azionisti.* Ammesso il principio contrario, l'autorizzazione potrebbe dal tribunale in alcuni casi concedersi, ed in altri no: perchè l'autorizzazione data in contradittorio non farebbe stato che contro le parti in causa; e dati diversi giudizi, anche dinanzi allo stesso tribunale, sono possibili diverse sentenze; e questo la nostra legge non vuole pel caso contemplato dall'articolo 852; vi è troppa connessità fra

gli obblighi dei vari azionisti pei versamenti ulteriori, perchè non debbano essere assoggettati tutti allo stesso trattamento.

Chiarito questo punto, si risolve facilmente la questione sull'appellabilità della sentenza che pronunzia sul versamento dei decimi ulteriori, da parte degli azionisti di una società fallita: la sentenza del tribunale che autorizza il curatore a chiedere i versamenti agli azionisti è indubbiamente inappellabile (1) *perchè è una sentenza in materia di fallimento* (art. 913), tale dovendosi necessariamente considerare la sentenza che decide sulla necessità dei versamenti, perchè il curatore del fallimento possa procedere al pagamento del passivo. La sentenza, invece, che condanna i singoli azionisti al pagamento, che giudica sulla loro qualità di azionisti, sulla esistenza della loro obbligazione, indipendentemente dal fatto che la società è fallita, non è una sentenza in materia di fallimento, benchè sia pronunciata in occasione del fallimento, ed è quindi soggetta ad appello ed è opponibile.

Gli azionisti potranno opporre al curatore, che loro richiede i versamenti ulteriori sulle azioni, la clausola che non possano questi richiedersi, se non si verificano certe condizioni?

Le limitazioni poste all'obbligo, che nelle so-

---

(1) *Conforme*, App. Casale, 10 febbraio 1888, *Monit. trib.* 1889, 269 e *contra* Cass. Torino, 24 luglio 1888, *Monit. trib.* 1889, 264.

cietà per azioni ha ogni socio, in date eventualità, di pagare l'intiero capitale da lui sottoscritto, non possono considerarsi, secondo il codice di commercio vigente e per dirla col VIVANTE (1), come *legittime*.

E la ragione ne è chiara: l'articolo 131 cod. comm. dispone che « per procedere alla costituzione della società è *necessario* che sia sottoscritto per intiero il capitale sociale »; ora, il porre una condizione, sia pure casuale, al pagamento del capitale sociale, corrisponde, sostanzialmente a non sottoscriverlo integralmente; o per essere più esatti, tale condizione potrebbe, verificandosi, impedire che il capitale sociale fosse interamente sottoscritto e quindi non è ammissibile (2).

Resta però a vedere quali sono gli effetti del dichiarare illegittime le condizioni di simil genere e su tal punto non siamo riusciti a trovare cenno alcuno negli scrittori della materia, neanche fra i più recenti.

Queste condizioni sono *illegittime*, intanto, così nei rapporti fra i soci, come, ed a maggior ragione, nei rapporti della società coi terzi, poichè l'obbligo dell'integrale sottoscrizione del capitale sociale nelle società in accomandita per azioni ed anonime è stabilito nell'interesse pubblico, tanto

(1) *Trattato,* I, n. 363.

(2) Confr. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité,* II, n. 689 e VIVANTE op. e loc. cit.

nell'interesse dei terzi, quanto dei soci, presumendo la legge che se, costituendosi la società, si fissa il suo capitale in una data somma, la disponibilità di questa sia indispensabile pel raggiungimento dello scopo sociale.

Una condizione sottoponente al verificarsi di un dato avvenimento l'obbligo dei soci di versare i decimi non ancora versati sulle azioni, corrispondendo, alla mancata sottoscrizione dell'intiero capitale, gli effetti di essa saranno quelli della mancanza della sottoscrizione stessa; quindi ogni interessato avrà facoltà di fare revocare il decreto del tribunale che approvò lo statuto contenente tale condizione, continuando però la società ad esistere ed operare legalmente finchè il decreto non sia annullato (1). Non è possibile sostenere che la clausola che contiene la condizione in parola possa e debba considerarsi come non scritta: poichè (per tacere di altre ragioni) la società o può legalmente essere quale i soci vollero, o deve essere, per non cadere nel nulla, riformata dal volere di quelli.

Si ha quindi che i soci potranno, facendo revocare il decreto del tribunale ordinante la trascrizione dell'atto costitutivo e dello statuto, non pagare i decimi non ancora versati ed il pagamento dei quali era stato sottoposto ad una condizione.

---

(1) Confr. VIVANTE, op. cit. vol. I, n. 396.

Ma i terzi creditori della società, appunto perchè la condizione sospensiva apposta, verificandosi, rende come non sottoscritto integralmente il capitale sociale, hanno diritto di ottenere il pagamento dei crediti vantati verso la società fino all'ammontare del capitale sottoscritto.

Non varrebbe l'osservare che la clausola limitante la sottoscrizione integrale al verificarsi di una condizione fu pubblicata, e deve avere per ciò efficacia di fronte ai terzi, i quali desumono i loro diritti dal contratto sociale pubblicato, secondo il quale i soci assumevano una obbligazione condizionata. Perchè il principio fondamentale delle società a responsabilità limitata si è che i terzi possano far valere i loro diritti contro la società sull'intero capitale sociale, *e capitale sociale è il capitale sottoscritto,* almeno pel codice vigente di commercio, che richiede, perchè si possa procedere alla costituzione delle società in accomandita per azioni ed anonime, che *sia sottoscritto per intero il capitale sociale.* Cotesto carattere delle società a responsabilità limitata non può mancare, senza che manchi la società. E la società, malgrado la clausola limitante l'obbligo nei soci di versare il capitale sottoscritto, fino a che non è stato revocato il decreto del tribunale che ordinava la trascrizione voluta dalla legge, abbiamo veduto esistere ed operare legalmente. Quindi per i terzi che contrattarono con essa prima della revoca di

tale decreto, la società in accomandita per azioni od anonima esisteva con i caratteri fondamentali propri di tal genere di società.

La Cassazione fiorentina con sentenza del 23 dicembre 1893 (1) ebbe occasione di decidere sulla validità di una clausola così formulata: « Il quarto ed il quinto decimo non potranno essere richiesti dal consiglio d'amministrazione se non quando dal bilancio sociale sia resultato un utile del dieci per cento sul capitale sociale ».

È opportuno esaminare da vicino la portata di una simile clausola, non rarissima a riscontrarsi nelle società anonime, tanto che su di essa furono chiamati più volte a decidere i tribunali (2).

Tale clausola, sia valida o no nei rapporti sociali, offenda o no, in questi rapporti, il principio della necessità che il capitale sociale sia versato integralmente — di ciò ci siamo già occupati — non è, dopo tutto, in contraddizione con il principio che l'intero capitale sociale sottoscritto garantisce i creditori sociali: quindi anche fosse valida nei rapporti fra i soci non potrebbe avere effetto di fronte ai terzi, poichè nell'intenzione stessa dei soci non doveva averlo.

Con patti di cotal genere, invero, si tende dai sottoscrittori a porre un freno alla tendenza che

(1) *Temi veneta*, 1894, 45.

(2) Vedasi p. es. Cass. francese, 12 agosto 1862, Dalloz, *Périodique*, 1864, I, 380; App. Parigi, 9 maggio 1868, id. 1869, II, 173.

possa manifestarsi negli amministratori di dare uno sviluppo maggiore, alla società, il cui esercizio dopo un tempo determinato non abbia prodotto gli utili sperati; si tende a rendere necessario un freno all'attività sociale limitando, assurdamente però, il capitale entro confini che sin dagli inizi, furono giudicati insufficienti per il buon esito dell'impresa.

Ma altro è negare in tal modo, e date tali condizioni, agli amministratori il diritto di chiedere i decimi non versati, ed altro, ben altro, è negare ai terzi di pretendere che l'intero capitale sociale sottoscritto risponda dei debiti sociali.

Era indispensabile premettere tutto ciò, trattandosi di una questione affatto trascurata, per potere stabilire con fondamento quali sieno i diritti del curatore del fallimento d'una società anonima per azioni, di fronte ad una clausola quale è quella di cui ci occupiamo.

Essa non toglie a lui il diritto di chiedere ai soci il versamento dei decimi non versati ancora, quando questi sieno necessari per soddisfare il passivo sociale; egli, a questo effetto, si trova nella precisa condizione dei liquidatori di società commerciali; ufficio precipuo dei quali è il pagamento dei debiti sociali, con facoltà e con l'obbligo, per conseguire tal fine, nel caso che i fondi disponibili della società non sieno sufficienti a pagare il passivo sociale, di chiedere ai soci le somme a ciò neces-

sarie, quando questi sieno tenuti a somministrarle secondo la natura della società, o siano debitori ad essa di versamenti sulle quote sociali (1).

Studiata così la questione di fronte di diritto vigente, dobbiamo riconoscere che (come ha osservato nella *Temi veneta* (2), occupandosi di queste nostre osservazioni, l'illustre giureconsulto estensore della sentenza fiorentina) la Corte applicò, ed a ragione, le disposizioni del codice di commercio del 1865, e non quelle del codice vigente.

Ma ci sembra che, anche applicando il codice abrogato le limitazioni all'obbligo dei soci di versare l'intero ammontare delle azioni non sieno valide, almeno nei rapporti coi terzi e quindi nei rapporti col curatore (nel caso deciso dalla Cassazione si trattava di un liquidatore pel quale valgono gli stessi principii e le stesse considerazioni) quando questi chieda ai soci il pagamento dell'intiero ammontare di esse *per soddisfare il passivo sociale.*

Infatti, è bensì vero che per l'articolo 135 cod. comm. del 1865 per la costituzione delle società divise per azioni e per quelle anonime era necessario solo che fosse sottoscritto per quattro quinti il capitale sociale: ma per l'articolo 140 stesso codice gli azionisti, come è proprio del carattere

(1) Art. 202 cod. comm.

(2) 1894, 90.

delle loro obbligazioni, eran soggetti *alla perdita del montare delle loro azioni*. Valgono quindi, anche dovendosi applicare il codice di commercio del 1865, le osservazioni esposte in precedenza sul valore dei patti limitanti l'obbligo del socio di versare l'integrale somma portata dall'azione sottoscritta; sien pure validi nei rapporti fra soci, non lo possono essere (a meno di distruggere la caratteristica stessa delle società per azioni) di fronte ai terzi, quindi di fronte al curatore del fallimento della società ed anche al semplice liquidatore, in quanto questi provvedano al pagamento del passivo sociale.

Il principio che di fronte al curatore della società fallita non sono valide le convenzioni, anche legittime nei rapporti fra soci e società, per le quali ai creditori sociali sia tolta la garanzia su parte del capitale sociale *sottoscritto*, dà luogo a diverse gravi questioni, che esamineremo brevemente.

Se una transazione è intervenuta fra la società ed un'azionista citato in giudizio per il versamento della somma da lui promessa, la transazione è indubbiamente valida nei rapporti fra l'azionista e la società. Ma se questa fallisce, sarà opponibile al curatore che domandi il versamento dei decimi non ancora pagati? Il principio che il capitale sociale è intieramente dovuto dagli azionisti per il soddisfacimento del passivo, nonostante ogni convenzione in contrario, ci porta a rispondere ne-

gativamente (1); la garanzia costituita dal capitale sottoscritto non può ridursi che procedendo ad una riduzione del capitale sociale; ma questa riduzione ha, quando anche deliberata, seguendo tutte le formalità richieste dalla legge, efficacia di fronte ai terzi? E più specialmente di fronte al curatore della società, poi caduta in fallimento? Qui s' intende parlare della riduzione fatta assolvendo i soci dall'obbligo di versare le somme ancora dovute sulle azioni.

Se al momento in cui, rispettando tutte le formalità richieste, fu presa la deliberazione di ridurre il capitale sociale, la società aveva dei debiti, i creditori esistenti al momento della deliberazione stessa possono, valendosi del principio che l'intiero capitale sociale sottoscritto rappresenta la garanzia dei creditori sociali, eccepire la inefficacia, di fronte a loro, della deliberazione presa di ridurre il capitale stesso. Se è permesso ai soci di derogare a cotesto principio, ciò è solo nei loro rapporti reciproci o in vista dell' avvenire, *non a danno dei creditori esistenti;* il capitale sociale è dovuto dagli azionisti per soddisfare tutti i creditori e non può con riduzioni abilmente combinate esser sottratto anche parzialmente a questa destinazione naturale e legale, di servire, malgrado ogni clausola contraria, al pagamento del passivo (2).

(1) Confr. DE MOLÈNES, op. cit. pag. 171.

(2) DE MOLÈNES, op. cit. pag. 173.

Questo di fronte ai principî. Ma ad essi non deroga la nostra legge, su questo punto, quando all'articolo 101 cod. di comm. ordina la pubblicazione della deliberazione di ridurre il capitale sociale, accordando agli interessati un diritto di opposizione, entro un termine determinato? Tale disposizione non contiene almeno una limitazione quanto al tempo in cui può farsi valere il diritto dei creditori sociali di essere garantiti su tutto il capitale sociale?

Noi crediamo che una esatta interpetrazione dell'articolo 101 non porti a questa conseguenza. Ci è necessario, per giustificare questa nostra affermazione, prendere in breve esame la disposizione dell'articolo 101, sulla cui significazione e portata nessuno dei nostri scrittori ha avuto occasione di esprimersi, nè la giurisprudenza nostra di pronunziarsi; si aggiunga che i motivi della legge, da noi attentamente esaminati, dicono ben poco in proposito.

La disposizione dell' articolo 101 è così concepita: « La riduzione del capitale sociale non può avere esecuzione, se non siano trascorsi tre mesi dal giorno in cui la dichiarazione o la deliberazione della società fu pubblicata nel giornale degli annunzi giudiziari, coll'espresso avvertimento che chiunque vi abbia interesse può fare opposizione entro il termine stesso.

L'opposizione sospende l'esecuzione della ridu-

zione del capitale, fino a che non sia ritirata o respinta con sentenza non più soggetta ad opposizione od appello. »

A noi sembra che il principio che si può trarre da questo articolo non sia già che è stabilito il termine entro in cui gli interessati possano fare opposizione alla deliberazione di ridurre il capitale sociale, e quindi gli interessati stessi non abbiano più eccezioni da opporre contro tale deliberazione, scorso il termine stabilito; ma ci sembra che l'articolo 101 si riferisca unicamente alla esecuzione della deliberazione di ridurre il capitale sociale. Per comprendere ciò va ricordato che il sistema di riduzione del capitale sociale mediante l'assoluzione dei soci dall'obbligo di versare le somme dovute sulle azioni, non è il solo, nè il più importante; potendosi la riduzione fare anche limitando l'ammontare del capitale senza niente restituire agli azionisti, oppure *riducendo il numero delle azioni mediante rimborso del loro valore o restituendo agli azionisti una parte del capitale versato* (1). Ora, mentre nei due primi casi è il fatto della deliberazione che solo ha importanza — e solo nei rapporti fra soci e nei rapporti coi terzi per l'avvenire; nel caso di deliberazione di ridurre il capitale sociale restituendo agli azionisti una parte del capitale versato, è la esecuzione della delibe-

(1) Vivante, *Trattato*, I, pag. 457.

razione, e non la deliberazione, che acquista importanza per i creditori sociali attuali. Infatti, la deliberazione di ridurre il capitale è, sempre, un atto efficace fra' soci, se deliberato in conformità della legge, ma che non produce nessun danno ai terzi, creditori al momento della deliberazione, perchè non toglie loro il diritto che hanno di essere garantiti dall'intero capitale sottoscritto; la esecuzione della deliberazione non ha importanza pei terzi nei primi due casi, poichè la esecuzione della deliberazione di assolvere i soci dall'obbligo di versare le somme ancora dovute sulle azioni o di limitare l'ammontare del capitale senza niente restituire, non può consistere che in un *non fare* (cioè non chiedere i versamenti ulteriori) — e ciò, data la inefficacia della deliberazione di fronte ai creditori attuali, non interessa affatto questi ultimi; i quali, invece, hanno speciali e gravi interessi da tutelare quando si tratta di eseguire la deliberazione di restituire agli azionisti una parte del capitale versato. Va bene che la esecuzione data a cotesta deliberazione non toglie ai creditori sociali la garanzia che hanno per il pagamento del passivo su tutto il capitale sociale sottoscritto, *ma toglie loro il diritto di preferenza che avevano sulla parte di capitale sociale che era già versato e che, eseguendo la deliberazione di riduzione, si restituisce agli azionisti;* il diritto di preferenza dei creditori sociali sul capitale della so-

cietà si perde con la restituzione di parte del versato agli azionisti, poichè tale parte rientra nel patrimonio di questi, che costituisce la garanzia di tutti i loro creditori. Ecco quindi la necessità di tutelare ai creditori della società, tali al momento della deliberazione di ridurre il capitale sociale, l'interesse particolare che essi hanno ad impedire che sia eseguita la deliberazione stessa; ecco quindi messo in luce, almeno ci sembra, che malgrado la inefficacia di fronte ai terzi, creditori sociali a quel momento, della deliberazione di ridurre il capitale sociale, essi hanno interesse ad impedire i danni che loro può irrimediabilmente arrecare la esecuzione di quella deliberazione.

Ecco quindi la ragione ed il senso dell'articolo 101, il quale, infatti, parla sempre della esecuzione da darsi alle deliberazioni di ridurre il capitale sociale.

L'articolo 101, noi diciamo, e ci sembra di avere sufficientemente giustificata la nostra interpetrazione, è *evidentemente* dettato con l'intendimento di rendere maggiori le garanzie già accordate ai creditori sociali pei diritti che hanno sul capitale sociale; alla tutela che il diritto già accorda ai creditori sociali su questo punto, ritenendo inefficaci di fronte a loro le convenzioni e le deliberazioni che tolgano la garanzia di tutto il capitale sociale sottoscritto per il pagamento dei loro crediti, si aggiunge, con l'articolo 101, ed opportunamente si aggiunge, la tutela ulteriore di non vedersi tolta

la preferenza per il pagamento stesso in confronto dei creditori particolari dei singoli azionisti; quindi, il diritto di opporsi alla esecuzione della deliberazione di ridurre il capitale sociale, esecuzione che abbiamo spiegato come porti o possa portare a tale conseguenza.

Ora, se tutto ciò è esatto, come si potrà dalla disposizione dell'art. 101, scritta per accordare una maggior tutela, in determinati casi, ai diritti dei creditori sociali, tali al momento della deliberazione di riduzione, trarre la conseguenza che si sia derogato al principio che il capitale sociale sottoscritto, malgrado ogni convenzione e deliberazione, garantisce il pagamento del passivo sociale? Il vero è, invece, che l'art. 101 non fa che rafforzare questo principio, accordando ulteriori garanzie ai creditori sociali.

Non ci occupiamo di varie altre questioni relative agli obblighi degli azionisti, neppure di quelle relative ai dividendi fittizi — le quali pure più di frequente si presentano in caso di fallimento — perchè esse non si presentano sotto aspetti differenti nel caso di fallimento della società, dal caso in cui sieno gli amministratori che esercitano le relative azioni; poichè vogliamo restare, come dicemmo fin dal principio, strettamente nel campo delle questioni che sorgono, con caratteri speciali, nel fallimento della società.

Una grave questione, che in tal campo rientra

e che fu di recente esaminata e decisa dalla Corte di cassazione di Roma (1), si è quella se la prescrizione dell'azione contro i soci pel pagamento del non versato, già cominciata a decorrere al momento della dichiarazione del fallimento della società, rimanga sospesa durante il fallimento.

La questione è molto seria, benchè la cassazione romana abbia inteso di risolverla con due o tre semplici affermazioni; e crediamo vada risoluto in senso affermativo, benchè la cassazione nella citata sentenza l'abbia risoluta in senso negativo, quasi rifiutando ogni serietà all' opinione opposta alla sua.

Le ragioni accampate, in sostegno della sua decisione, da cotesta sentenza, sono le seguenti: il fallimento non ha potuto sospendere la prescrizione già iniziata, perchè nessun legislatore ha mai pensato di attribuire alla sentenza dichiaratrice del fallimento l'enorme efficacia di rendere inesigibile un credito del fallito, certo, liquido e scaduto, quale è il debito del socio ritardatario al pagamento della quota da lui dovuta; il fallimento non ha potuto interrompere la prescrizione, perchè la interruzione della prescrizione commerciale è regolata secondo le disposizioni del codice civile, e tra le cause per cui la prescrizione in corso può essere naturalmente e civilmente interrotta il codice

(1) *Giurisprudenza italiana*, 1896, 1, 595.

civile non annovera certamente la sentenza dichiarativa del fallimento del creditore.

Noi invece, pur riconoscendo che la questione si presta a seri dubbi, crediamo che la prescrizione in parola sia sospesa dalla sentenza di fallimento della società — lo crediamo fondandoci sull' articolo 852 del codice di commercio e sul carattere che acquista l' obbligo del versamento da parte degli azionisti, dopo il fallimento stesso.

La citata sentenza, si è occupata del disposto dell'art. 852 per osservare che l'obbietto tratto da esso contro la sua opinione « non è serio, poichè la speciale autorizzazione del tribunale richiesta dal detto articolo, quando potesse essere necessaria anche per i versamenti dei decimi regolarmente chiamati prima della dichiarazione del fallimento, non può considerarsi come un ostacolo insuperabile che ponga il curatore nella impossibilità di agire contro il socio azionista debitore dei decimi anzidetti ».

Posta la questione in tal modo — e così sembra fosse stata posta dinanzi alla Cassazione di Roma — il ragionamento della sentenza è sostanzialmente esatto; perchè la massima che non corre la prescrizione dell'azione quando il titolare del diritto non ha la potestà di agire a tutela di questo, non è qui, in tesi generale, applicabile, perchè il curatore può sempre chiedere l'autorizzazione per agire — e quella massima trova applicazione solo

nel caso che l'autorizzazione chiesta, in ordine all'art. 852, dal curatore, sia stata dal tribunale rifiutata, perchè in tal caso, realmente, il curatore non ha potestà di agire contro gli azionisti per ottenere il versamento dei decimi ancora dovuti.

Ma la questione, pure appoggiandosi, per risolverla, sull'articolo 852, va posta in altro modo, cioè va considerata da un punto di vista tutto diverso: abbiamo veduto come la dichiarazione del fallimento della società porti una modificazione al diritto di ottenere dagli azionisti i versamenti del residuo insoluto: prima, era un diritto assoluto della società, ora, è un diritto relativo o, meglio, sottoposto a condizioni, del curatore; prima, era sufficiente il volere della società, legittimamente manifestato, perchè gli azionisti fossero obbligati a pagare, ora, a tal fine, si richiede che il pagamento sia necessario per soddisfare il passivo sociale e che il curatore reputi opportuno il momento per chiedere il pagamento stesso.

Non è il caso di dire che la sentenza dichiaratrice del fallimento sociale abbia « l'enorme efficacia di rendere inesigibile un credito del fallito, certo, liquido e scaduto »; ha ragione la Cassazione di Roma di negarlo; noi, però, diciamo che dato ancora che il debito dell'azionista verso la società fosse certo, liquido e scaduto, in seguito al fallimento della società cessa di essere *scaduto*, vale a dire cessa di essere *esigibile*, perchè cessa

di essere debito nel senso e nel modo che lo era prima del fallimento — appunto perchè non si tratta di un debito qualunque, ma di un debito dipendente da un conferimento in una società commerciale, conferimento che deve eseguirsi in condizioni diverse, ed a diversi effetti, a seconda che la società sia o no fallita. Non comprendiamo perchè l'essere i versamenti stati richiesti prima del fallimento della società dagli organi sociali competenti, debba portare con sè che possano, dopo la dichiarazione del fallimento, essere pretesi dal curatore in condizioni diverse da quelle che sarebbero necessarie perchè egli potesse farsi iniziatore della richiesta stessa: la nostra legge ha limitato il diritto del curatore di ottenere i versamenti non ancora eseguiti sulle azioni della società fallita, sottoponendolo al verificarsi di condizioni determinate, perchè da una parte non ha reputato che corrispondesse all'ufficio del curatore di ottenerli fuori di tali circostanze, dall'altra perchè ha creduto giusto di non molestare, fuori di quei casi in cui manifestavasi la necessità, gli azionisti: ossia la nostra legge ha avuto di mira il fatto del *pagamento*, non quello della *richiesta*, nel determinare in quali casi il curatore avesse diritto di rivolgersi agli azionisti debitori di decimi sulle azioni — e perciò il fatto che gli amministratori avessero richiesto i decimi prima del fallimento della società, non immuta i diritti e i doveri del

curatore relativamente all'esazione dei decimi stessi. Sieno stati o no chiesti i decimi prima del fallimento, il curatore deve esaminare l'opportunità di esigerli, malgrado il fallimento, e scegliere il momento opportuno a ciò fare, determinandovisi nel caso solo che siavi *necessità*, e purchè questa sia stata riconosciuta con sentenza dal tribunale; in conclusione, e riassumendo, i decimi dovuti sulle azioni, esigibili prima del fallimento, non son più tali, fallita la società, che alla condizione che sieno, a giudizio del tribunale, *necessari* per il soddisfacimento del passivo, e a condizione che il curatore reputi opportuno il momento per esigerli; quindi la esigibilità di essi divien proprio, dal momento del fallimento, sottoposta ad una condizione sospensiva; e nei diritti soggetti a condizione la prescrizione comincia a decorrere al verificarsi di quella; e, se per una singolarità giuridica quale si ha nel caso da noi esaminato, il diritto da puro e semplice divenga soggetto a condizione, la prescrizione già cominciata si sospende dal momento che il diritto viene a trasformarsi da puro in condizionato.

Quanto abbiamo detto fin qui sui limiti che, durante il fallimento, riceve la facoltà che aveva l'assemblea sociale pel richiamo del versamento dei decimi sulle azioni, ci serve di chiave per decidere alcune gravi questioni che sorgono, in occasione del fallimento della società.

La prima si è questa: se il curatore della società fallita può cedere ad un terzo il credito risultante dalle azioni da questa emesse.

Il debito dell'azionista, per il versamento dei decimi, verso la società, acquista, come abbiamo veduto, durante il fallimento dei caratteri speciali che esistono di fronte ai terzi, senza distinzione, perchè ammessi in favore dell'azionista. Ne viene, che solamente nel caso che il curatore sia stato autorizzato dal tribunale a richiedere i decimi non ancora versati sulle azioni potrà cedere il credito derivante dall'azione ad un terzo, cedendo a questo il diritto, che come rappresentante della massa ha, di riscuotere i decimi *entro i limiti dell'autorizzazione del tribunale.* Se tale autorizzazione non fu data, e finchè non sia data la cessione non è valida; non è ammissibile, almeno di fronte alla nostra legge, l'opinione che tale cessione sia sempre valida per il *quantum* che sarà riconosciuto dal tribunale, ad istanza del cessionario, *necessario* per il pagamento del passivo (1).

L'autorizzazione del tribunale, dalla nostra legge richiesta, può solo accordarsi sulle istanze del cu-

(1) Contra: De Molènes, op. cit. 185 e la Corte di Parigi, 8 febbraio 1884 (Sirey, 1884, 2, 117) per la quale « lorsque le cessionnaire du syndic poursuit un actionnaire en paiement du montant de sa souscription, il y a lieu tout d'abord de faire dresser le compte du passif restant dû de manière à déterminer la somme dont chaque actionnaire est encore tenu ».

ratore, questi solo dovendo giudicare se è opportuno il momento per chiedere l'autorizzazione stessa ed egli solo disponendo degli elementi per dare la prova che esiste il *bisogno* dei versamenti. D'altra parte, se l'opinione contraria fosse accettata si distruggerebbe la garanzia che il legislatore volle accordare agli azionisti, che cioè non sarebbero molestati con delle ingiustificate citazioni per il versamento del non pagato sulle azioni, ma che potrebbero solo esserne richiesti dopo che il tribunale avesse riconosciuto il bisogno del versamento stesso.

Le seconda questione si è questa: se fra il curatore della società fallità e l' azionista debitore di alcuni decimi sia possibile una valida transazione.

Quanto ai soci a responsabilità illimitata, se la questione poteva essere disputabile sotto il codice di commercio abrogato (1), non ci sembra possa esserlo di fronte al codice vigente: il curatore del fallimento della società non può concludere una transazione con chi abbia timore di essere compreso nel fallimento come socio, intorno agli obblighi suoi come garante delle operazioni sociali:

---

(1) Conf. in vario senso: Cass. Torino, 9 luglio 1873, *Legge*, XIII, 919; App. Genova, 5 ottobre 1876, *Foro it.* II, 431; Cass. Torino, 25 giugno 1876, *Foro it.* XV, 551; App. Casale, 17 settembre 1879, *Eco di giurispr. commerciale* IV, 67.

sono i creditori che *soli* possono, concludendo il concordato anche con un solo socio, liberarlo dalla sua obbligazione solidale; se si ammettesse, prima della dichiarazione del fallimento di un socio, la possibilità di una transazione fra questo ed il curatore della società per evitare il fallimento, si avrebbe una specie di concordato preventivo a favore dei soci, combinato fra il debitore e una persona diversa da coloro che hanno facoltà di accettare il concordato vero e proprio. Senza considerare che il fallimento dei soci deve seguire il fallimento della società *sempre e necessariamente*.

Esaminiamo la questione pel caso che si tratti di transazione per il pagamento da farsi sulle *azioni* della società fallita.

S'intende che si suppone una transazione, conclusa rispettando il disposto dell'articolo 797 cod. di comm. cioè si suppone che il curatore sia stato autorizzato a transigere dal giudice delegato, sentita la commissione dei creditori, con l'omologazione (nei casi in cui richiedasi) della transazione da parte del tribunale, *sentito il fallito*, cioè gli amministratori o i liquidatori della società.

Il CUZZERI sembra risolvere la questione negativamente in quanto dice (1), in termini generali, « che la facoltà di transigere conferita al curatore dall'articolo 797 si riferisce alle contestazioni che

(1) Op. cit. pag. 381.

riguardano debiti o crediti verso terzi e non si estende alle controversie riflettenti il patrimonio di fallito nel suo complesso e che non abbiano per oggetto la definitiva liquidazione ».

Se una transazione intorno all'obbligo dell'azionista di pagare i decimi non versati ancora, fosse avvenuta fra la società, prima del suo fallimento, e gli azionisti, il principio da noi antecedentemente svolto, e pel quale, *malgrado ogni convenzione in contrario*, dato il fallimento della società, il capitale sottoscritto deve essere, anche per intero, versato, ove sia dal curatore e dal tribunale reputato necessario per il pagamento del passivo, porta a concludere che cotesta transazione non sarebbe opponibile al curatore del fallimento.

Il principio stesso ci serve ottimamente di guida per risolvere la questione intorno alla facoltà del curatore di transigere intorno al pagamento dei decimi, ancor dovuti dall'azionista.

Il curatore ha facoltà di transigere (sempre rispettate le formalità di cui all'art. 797) su tutte le questioni per le quali ha veste per stare in giudizio: egli può transigere, dunque, su tutte le obbligazioni che i terzi abbiano verso la società, e delle quali egli possa chiedere l'esecuzione; per quelle per le quali ha il diritto di chiedere l'esecuzione solo sotto determinate condizioni, potrà transigere, ma solo sotto le condizioni stesse. Perciò il curatore potrà transigere (ottenuta l'autorizzazione dal

giudice delegato, art. 797), con gli azionisti — e la transazione produrrà ogni suo effetto di fronte a chiunque — nei limiti ed alle condizioni entro cui e alle quali poteva agire contro essi per ottenere il versamento dei decimi; cioè *se il tribunale avrà riconosciuto il bisogno del versamento.*

§ III.

Il fallimento della Società ed i suoi effetti di fronte ai terzi.

a) Organi del fallimento

La sentenza che pronunzia il fallimento della società e dei soci a responsabilità illimitata nomina per quella e per questi un unico curatore — che esercita l'amministrazione del fallimento — ed un unico giudice delegato — sotto la cui direzione procede l'amministrazione stessa. — Tuttavia, l'asse della società deve tenersi distinto da quello di ciascun socio, tanto nella formazione dell'inventario, quanto nelle operazioni dell'amministrazione e della liquidazione dell'attivo e del passivo (art. 847 cod. di comm.).

Dovendo qui esaminare gli effetti dei vari fallimenti, della società e dei soci — quando si tratti di società a responsabilità illimitata — in confronto dei terzi, si presenta la necessità di esaminare, sia pure brevemente, come si costituiscano e funzionino gli organi del fallimento sociale.

La unicità del curatore e del giudice delegato, porta con sè la unicità dell'altro organo, la delegazione dei creditori, avente l'ufficio di sorvegliare l'amministrazione del fallimento?

L' unico scrittore che si occupi della questione è il Masè-Dari (1), il quale, dopo ragionamenti incerti e confusi, conclude che la delegazione unica di sorveglianza scelta fra' creditori sociali non può essere adottata, che non può adottarsi neppure una delegazione unica scelta fra' creditori particolari dei soci, nè una delegazione per la società ed una per ciascuno dei soci, poichè quest' ultima « è quasi inaccoglibile perchè falsa appunto quel criterio di economia di tempo e di formalismo che il legislatore ha seguito stabilendo la unicità di curatore e di giudice delegato ».

Quindi pel Masè-Dari « la questione rimane insolubile di fronte alle varie disposizioni di legge sulla scorta delle quali è forza argomentare »; malgrado ciò, egli la risolve così: « Si abbia una sola delegazione di sorveglianza, così come, per l'articolo 847 e nel caso dell' articolo 847 si ha un solo giudice delegato: così si avrà un solo organismo amministrativo e si sarà seguito, oltrechè la lettera, anche lo spirito di questa disposizione di legge. Ma per entrare nello spirito dell'articolo 723 a cui l'articolo 691 n. 4 rimanda, come l'articolo 847 rimanda

---

(1) Op. cit., pag. 411 e segg.

all'articolo 691, la delegazione — sempre parlando dottrinalmente e teoricamente, ben lontani da ciò che si possa fare nella pratica — si componga di membri scelti fra *tutti* i creditori del fallimento, sieno creditori sociali, sieno creditori particolari ».

Noi crediamo che tutto questo sia completamente erroneo — e debbansi nominare tante commissioni di sorveglianza quanti sono i fallimenti, una per il fallimento della società, una per ciascuno dei fallimenti dei soci.

Non si può procedere, trattandosi della commissione di vigilanza, per analogia col caso del curatore e del giudice, pei quali la legge vuole unicità di funzionari; poichè si comprendono le ragioni di utilità che hanno imposto la unicità del curatore; il suo ufficio di organo esecutivo richiede una unità di azione per le diverse procedure di fallimento così strettamente collegate fra loro; così pure si comprende la unicità del giudice delegato sotto la cui direzione il curatore deve procedere nella amministrazione; e si ha la possibilità di attuare tale *unicità*, poichè la nomina del curatore e del giudice delegato è fatta per tutti i fallimenti con una stessa e sola sentenza.

Ma per la commissione di vigilanza è tutta un'altra cosa; in primo luogo, essa è nominata dai creditori; questi essendo diversi nei vari fallimenti ed avendo interessi diversi, quando non opposti, potrebbero, votando separatamente, non trovarsi

concordi nella nomina della stessa persona; oltre a ciò, e più specialmente, per l'ufficio della commissione di vigilanza non si richiede *unità di concetto* per i vari fallimenti della società e dei soci; anzi la commissione ha e deve avere l'ufficio di invigilare unicamente agli interessi speciali del fallimento di cui i suoi membri sono creditori.

Con l'opinione del Masè-Dari si disconosce il carattere della commissione di vigilanza, che deve essere composta di membri aventi eguale interesse al buon andamento dello stesso fallimento: ora se membri della unica commissione dovessero essere indifferentemente creditori sociali e creditori particolari dei soci, è evidente che questi non avrebbero interesse a sorvegliare il fallimento della società, che quelli avrebbero prevalentemente interesse a sorvegliare quest'ultimo fallimento a preferenza degli altri.

Ma accanto alla unicità del curatore abbiamo la moltiplicità delle masse e queste possono trovarsi in contrasto di interessi fra loro, tale da pro durre una vera e propria incompatibilità della rappresentanza cumulativa di esse nell'unico curatore.

Ogni volta che una opposizione d'interessi si manifesti fra due o più masse, il curatore non può, evidentemente, rappresentarne che una.

La opposizione d'interessi, però, non va intesa in un senso troppo stretto; perchè ad intenderla troppo rigorosamente si corre rischio di distrug-

gere addirittura il principio della unicità del curatore; così, come giustamente fu deciso da un tribunale francese (1), la rappresentanza di un fallimento potrà continuare e rimanere nel curatore anche quando si tratti di intervenire alle adunanze di un altro fallimento.

Quando si verifica una vera e propria opposizione d'interessi, in qual modo dovrà provvedersi?

Il DALLOZ (2) dice che in tal caso « i creditori delle altre masse hanno la facoltà di agire individualmente per la difesa dei loro diritti, se non preferiscono domandare la nomina di un curatore speciale ».

L'azione individuale dei creditori *uti singoli* non è ammissibile, per la nostra legge, in tal caso; i singoli creditori non possono surrogarsi *mai* al curatore nella rappresentanza della massa: su questo punto non è possibile una seria contestazione.

Il dubbio che può sorgere è sulla preferenza da darsi all'una piuttosto che all'altra delle seguenti soluzioni: o nomina di un curatore speciale ad una delle masse, o surrogazione del curatore in uno dei fallimenti se si manifesta una opposizione d'interesse.

Questa ultima soluzione ci sembra da eliminarsi:

---

(1) Trib. di Vitry le François, 29 giugno 1896; DALLOZ, *Périodique*, 1896, II, 156.

(2) *Supplément au Répertoire*, V. *Faillite*, n. 494.

la unicità del curatore nei fallimenti della società e dei soci, quando questi son dichiarati falliti in conseguenza del fallimento di quella, è un principio cui non può derogarsi; l'unicità del curatore è richiesta pel migliore andamento del complesso degli affari dei vari fallimenti, ed è naturale, quindi, che non possa al principio della unicità derogarsi per la opposizione di interessi che si manifesti, di fronte ad un dato atto, fra due o più masse.

Resta quindi unica soluzione possibile la nomina da parte del tribunale di un curatore speciale ad uno dei fallimenti i cui interessi si trovino in opposizione; nomina che verrà fatta a richiesta del curatore dei fallimenti o di qualunque avente interesse.

b) Come vien costituito l'attivo di ciascun fallimento

Mentre che nei rapporti patrimoniali coi creditori il fallimento di una società anonima non si differenzia sostanzialmente dal fallimento di un singolo commerciante, in quanto tutto il suo patrimonio, e quello unicamente, serve, salvi i diritti di privilegio ed ipoteca, a soddisfare tutti i suoi creditori in proporzione dei loro crediti; gravi questioni sorgono, invece, per quanto si riferisce alle conseguenze del fallimento di fronte ai creditori, nelle società aventi soci a responsabilità illimitata.

Le difficoltà sorgono specialmente per la esistenza separata dell'asse sociale e dell'asse particolare d'ogni socio e per il modo di formazione del passivo dei fallimenti privati.

Quanto al fallimento della società, il suo asse viene costituito da tutto il patrimonio sociale comprendendovi, quando si tratta di società a responsabilità limitata, il credito resultante dai decimi non ancora versati sulle azioni che il curatore sia autorizzato a richiedere, e il credito verso i soci a responsabilità illimitata per la parte della loro quota che non abbiano ancor pagata al momento della dichiarazione del fallimento.

Non può invece comprendersi nell' asse sociale il credito dei terzi che hanno contrattato con la società, contro i soci, per la responsabilità di questi solidale ed illimitata; cioè non può considerarsi che tal *credito* venga a far parte del patrimonio sociale. La questione fu decisa nel modo il più esatto dalla Cassazione di Firenze con sua sentenza 8 maggio 1893 (1): il curatore del fallimento di una società in nome collettivo pretendeva di esercitare l'azione contro gli eredi di un socio defunto per ottenere pagamento della somma da essi dovuta *per garanzia* delle obbligazioni assunte dalla società: la Cassazione giustamente osservò che « nessuno saprebbe annoverare fra le azioni competenti

(1) *Diritto comm.*, 1893, 714.

alla società fallita quella spettante ai di lei creditori per *garanzia* delle sue obbligazioni, nè sa concepirsi come l'esercizio di queste azioni possa essere atto di amministrazione del fallimento per gli scopi di cui all'articolo 713 — ognorachè, anche avendo buon esito, esse non possono riescire nè ad aumentare l'attivo, nè a diminuire il debito della società, nè quindi riguardano *i di lei beni* e si sostanziano, invece, in azioni proprie dei creditori contro persone e beni diversi. »

Difatti, secondo la nostra legge, nei fallimenti particolari dei soci i singoli creditori sociali sono ammessi al passivo per la somma loro dovuta dai soci come garanti della società.

Il che basta per escludere che vi possa essere ammesso anche il curatore o, il che è lo stesso, che questi possa agire contro l'erede di un socio per ottenere pagamento della somma dovuta per la garanzia da questo prestata per le obbligazioni sociali.

Di contrario avviso è il Vidari, il quale, premesso che « il patrimonio sociale è principalmente costituito dai beni conferiti in società e *sussidiariamente dai beni dei singoli soci a responsabilità solidale e illimitata* » (1) sostiene che spetti al curatore del fallimento l'azione contro i soci a responsabilità illimitata (2). Ma noi, partendo invece

(1) Op. cit. n. 8921.

(2) Op. cit. n. cit. *ad notam;* parlando del principio posto dalla Cass. di Firenze nella sentenza ricordata nel testo, dice:

dal principio che principalmente sui beni della società e sussidiariamente su quelli dei singoli soci non già venga a costituirsi il capitale sociale ma la garanzia dei creditori sociali, crediamo certo il principio contrario a quello sostenuto dall'illustre professore. Nè può trovarsi fondamento all'opinione che il curatore possa far valere contro il patrimonio dei singoli soci i diritti che i creditori sociali han su quello per garanzia dei loro crediti, con l'osservare che la rappresentanza dei creditori del fallimento è affidata al curatore; poichè sono gli interessi della massa dei creditori, e quindi i diritti ad essa spettanti, che il curatore ha veste per tutelare; ma il diritto dei creditori sociali sul patrimonio sociale in ordine all'art. 106 è un diritto loro spettante *uti singuli*, fuori dell'ambito, perciò, dell'ufficio del curatore. Cotesto diritto non è differente, agli effetti della questione che ora consideriamo, da quello che spetti ad uno o più creditori sociali, oppure anche a tutti i creditori sociali, verso un garante qualunque, estraneo alla società, che abbia prestato sicurtà a favore

---

« Ci pare un errore. Se il fallimento di una Società in nome collettivo determina necessariamente il fallimento di ogni singolo socio; e se tutti, società e soci, sono coinvolti nello stesso fallimento; la rappresentanza loro comune, cioè del fallimento, è, del pari necessariamente, attribuita al curatore. Per essere diversamente, bisognerebbe che fallita cotesta società, falliti non fossero anche i singoli soci ».

di qualche creditore o di tutti i creditori sociali; in tal caso nessuno si sognerebbe di ammettere nel curatore, anzichè nei soci garantiti, la facoltà di agire per ottenere pagamento o per farsi ammettere al passivo, nel caso di fallimento del garante; eppure la posizione giuridica è perfettamente identica nei due casi, non potendo essere resa differente dalla circostanza che la *garanzia* dei soci a responsabilità illimitata nasce *ipso iure*, pel fatto stesso che questi, in tale qualità, fanno parte dell'ente sociale debitore.

Del resto, che l'opinione del Vidari sia in opposizione al sistema della nostra legge è fatto palese sol che si consideri che data l'azione al curatore per esercitare il diritto di *garanzia* contro i soci, questa azione avrebbe da potersi esercitare esclusivamente da lui, e mai concorrentemente da lui e dai soci: quindi il curatore solo dovrebbe nella rappresentanza dei creditori sociali prender parte a tutte le operazioni dei fallimenti particolari dei soci; ma l'articolo 847 cod. di comm. dispone espressamente e precisamente l'opposto, là dove dice che i *creditori delle società* « concorrono coi creditori dei singoli soci nelle deliberazioni riguardanti l'interesse del patrimonio individuale di ciascun socio fallito. »

L'asse di ogni fallimento particolare dei soci a responsabilità illimitata vien costituito dall'intiero patrimonio *attuale* del socio del cui fallimento si

tratta, nonchè da tutto quanto il socio stesso acquisterà (oltre la misura del necessario al sostentamento suo e della famiglia) durante il fallimento. Nel patrimonio *attuale* del socio vengono compresi i crediti che egli vanti contro la società, non dipendenti dalla condizione sua di socio, nonchè quei crediti che vanti contro ogni consocio, per altri titoli che quello *pro socio* (1).

La questione si presentò dinanzi ai tribunali francesi; e la Cassazione di Francia, 11 aprile 1883 (2), ha giustamente stabilito che i creditori personali di un socio avente un credito verso la società « sont autorisés à demander en son nom l'admission de sa créance sociale au passif de la faillite de la société, et l'attribution à sa faillite personnelle du dividende lui revenant; que les autres créanciers sociaux n'ont aucun droit de préference qui exclue une pareille demande; que le montant de ce dividende doit seulement être réparti au marc le franc entre les créanciers personnels de l'associé et les créanciers sociaux. » L'opinione opposta si sostenne (3), facendo una erronea ap-

(1) FRANKL, op. cit. pag. 31. *Contra:* FICK, op. cit. pag. 74, il quale nota le difficoltà che sorgono ammettendo il principio sostenuto nel testo; ma, come osserva il FRANKL, queste difficoltà non tolgono che accogliendo l'opinione contraria si incorrerebbe in difficoltà anche maggiori.

(2) *Revue des Sociétés*, I, 431.

(3) Corte d'App. d'Angers, 30 agosto 1882, *Revue des Sociétés*, I, 82.

plicazione del principio che i creditori sociali hanno un diritto di preferenza sull'attivo sociale in confronto dei creditori personali dei soci; ma per i crediti dei soci verso la società, estranei alla loro condizione di soci, e dipendenti da contratti di mutuo, di vendita ecc., i soci non si trovano nelle stesse condizioni dei terzi che abbiano contrattato con la società? E allora, perchè il loro credito non dovrebbe figurare nel passivo della società? Su tale credito verranno poi in concorso i creditori sociali, ma insieme con i creditori personali del socio.

c) Come vien formato il passivo dei vari fallimenti.

Quanto al fallimento sociale non vi è difficoltà di sorta: il passivo vien formato con l'ammissione di tutti coloro che giustificano di essere creditori della società. Non può nemmeno sorgere l'ombra del dubbio che pel carattere di confideiussori solidali delle obbligazioni della società che hanno i soci, al passivo del fallimento sociale debbano essere ammesse le masse dei fallimenti dei singoli soci per esercitare l'azione di regresso per le somme dai soci pagate, nella loro qualità di garanti, pei debiti sociali; va bene che il garante ha l'azione di regresso contro il debitore per cui ha pagato; va bene che il socio ha l'azione di regresso contro la società per le somme che ha sborsato, per sod-

disfare le obbligazioni sociali, in ordine all'art. 106 cod. di comm.; ma il fallimento della società crea un tale stato di cose che si verrebbe all'assurdo ammettendo, durante esso, il regresso del socio, e per lui della massa del suo fallimento, contro la società, e per essa la massa del suo fallimento; l'assurdo salta agli occhi: ammesso il regresso dei soci contro la società, si verrebbe a togliere in parte quello che con la disposizione dell'art. 106 cod. di comm. si è inteso di concedere ai creditori sociali: ai quali si è voluto, oltre la garanzia, con preferenza, loro accordata sul patrimonio sociale, concedere anche la garanzia, comune ai creditori particolari dei soci, sul patrimonio di questi; ora, conceduto alla massa del fallimento di ciascuno dei soci stessi di esercitar l'azione di regresso contro il fallimento della società, per le somme sborsate dai soci, come fideiussori della società, il principio su cui si fonda la società cosidetta a responsabilità illimitata verrebbe ad essere offeso, in quanto i soci concorrerebbero coi creditori sociali sul patrimonio sociale e toglierebbero ai creditori sociali una parte del patrimonio costituente la garanzia esclusiva di loro; in una parola, dato il fallimento della società, l'azione di regresso accordata ai soci verrebbe in concreto ed in definitivo ad esercitarsi contro i creditori sociali, perchè sul patrimonio sociale: e questo è l'assurdo.

La costituzione delle masse passive dei vari fal-

limenti particolari dei soci a responsabilità illimitata, dà luogo a serie difficoltà. Si comprende subito che ciò debba accadere, data la concorrenza in quei fallimenti di due serie di creditori, quelli sociali, e quelli particolari dei soci. Questo lato dei fallimenti delle società, pur tanto interessante, è completamente trascurato dai trattatisti nostri.

In ciascuno dei fallimenti dei vari soci è ammesso al passivo ogni credito, giustificato, per qualunque motivo vantato contro il socio, ed ogni credito vantato contro la società.

Un primo punto, assai grave, si presenta dubbioso: i creditori di ogni singolo socio fallito ed il curatore stesso hanno facoltà di contestare l'ammissione al passivo del fallimento particolare del socio, del credito già ammesso al passivo del fallimento sociale, o che nel fallimento sociale si sta ammettendo senza contestazione? Lyon-Caen et Renault (1) dicono che « lors de la vérification des créances, un créancier de la société se présente pour être vérifié, tous les créanciers sociaux *et les créanciers personnelles des differents associés peuvent assister à la vérification et fournir leurs contredits* ». Questa opinione, almeno così assolutamente espressa, non è accettabile.

Intanto, ci sembra che l'ammissione al passivo e relative contestazioni non *debbano* necessaria-

(1) *Précis*, II, p. 921.

mente farsi contemporaneamente pei fallimenti della società e dei soci a responsabilità illimitata; non vi è nessuna disposizione di legge che lo esiga.

Premesso ciò, noi diciamo che, per regola generale, ammesso senza contestazione e definitivamente un credito sociale al passivo del fallimento della società, non può più contestarsi il credito stesso, nei fallimenti dei singoli soci, tale contestazione essendo di esclusiva spettanza degli interessati al fallimento sociale; nè potendosi discutere dai creditori particolari o dal curatore il principio che per tale credito sono responsabili i soci, poichè l'ammissibilità di esso al passivo personale è una conseguenza giuridica necessaria del carattere delle obbligazioni sociali: quindi ogni contestazione sul *credito* è, ormai improponibile (1). L'ammissione avvenuta al passivo del fallimento sociale, costituisce una *cosa giudicata* rimpetto ai fallimenti particolari, precisamente come, e per le stesse ragioni per le quali la sentenza che condanna la società al pagamento costituisce cosa giudicata di fronte ai soci: ammesso e fissato l'obbligo nella società di pagare, non è più ammesso nei soci il diritto di discutere sulla esistenza del debito, così quando la società è in condizioni normali, come quando è fallita.

La contestazione è però ammissibile da parte

(1) FRANKL, op. cit. pag. 60.

degli interessati al fallimento particolare dei soci, quando la contestazione si faccia in base ad un'eccezione personale al socio che lo liberi dalla obbligazione di garanzia; eccezione che può fondarsi sia sopra l'esistenza di un patto intervenuto fra il socio ed il creditore (patto senza dubbio lecito e valido) per cui quest'ultimo abbia liberato quello dall'obbligazione sorta in lui per la semplice sua qualità di socio a responsabilità illimitata, o abbia limitato l'obbligazione stessa; eccezione che può trovare la sua base in una compensazione, come anche, eventualmente, nell'avvenuto pagamento da parte del socio del credito sociale che si pretende insinuare.

I creditori sociali, creditori anche dei soci illimitatamente responsabili, perchè confideiussori solidali, questi, della società, hanno il diritto di rivolgersi a ciascuno dei soci stessi, per ottenere il pagamento dell'intiero loro credito; ne viene, perciò, legittima e necessaria la conseguenza che, intervenuto il fallimento della società ed il conseguenziale fallimento dei soci, abbian diritto i creditori sociali di essere ammessi per l'intiero loro credito al passivo sociale ed a ciascuno dei passivi dei fallimenti particolari dei soci (1).

---

(1) Confr. specialmente: PIC, op. cit. pag. 123; FICK, op. cit. pag. 68; nonchè KEYSSNER nella *Zeitschrift fur das gesammte Handelsrecht,* XXX, 534.

Potranno, perciò, concorrere ai dividendi di ciascun fallimento purchè, complessivamente, non vengano a ricevere una somma superiore all'integrale loro credito.

Ma una difficile questione sorge a tal proposito; anzi le questioni sono due, a seconda dei due casi che esporremo.

Se i vari fallimenti si liquidano successivamente, ed i creditori sociali abbiano nel primo fallimento chiusosi ottenuta una percentuale sul loro credito, dovranno nella liquidazione degli altri fallimenti essere ammessi a concorrere per l'intiera somma del credito quale era primitivamente, o per la somma cui il loro credito si residua, dopo l'ottenuta percentuale in uno dei fallimenti? Per chiarire la questione con un esempio: se il fallimento sociale, o quello di uno dei soci, si è chiuso prima degli altri ed i creditori hanno ottenuto un 10 % sulla somma totale dei loro crediti, dovranno concorrere nella liquidazione degli altri fallimenti per la somma intiera di quelli, o per il 90 %? Noi crediamo *con la somma intiera.* Escludiamo subito un'obbiezione d'indole pratica, che si possa, cioè ammessa la nostra opinione danneggiare qualche creditore; ciò non è possibile perchè si tratta di *creditori sociali*, che hanno concorso (o potevano concorrere e per quelli che vi han rinunziato non si può parlar di danno, o almeno si può solo parlare di danno da essi o voluto o accettato) in tutti

i fallimenti, della società e dei soci, e quindi hanno ricevuto la medesima percentuale, e per il residuo si trovano tutti nella identica condizione. Non si può parlare di danno pei creditori particolari dei soci, poichè essi debbono subire, per i principî che regolano la materia, l'intervento, nei fallimenti personali dei soci, dei creditori sociali per l'intiera somma dei crediti da essi vantati contro la società; nè han diritto di pretendere che si rivolga in loro vantaggio il fatto, al quale essi sono estranei, che in un altro fallimento, una parte del debito sociale è stato soddisfatto. Resta il danno eventuale per il fallito; ma questi ha assunto, entrando in società, l'obbligo di pagare integralmente i debiti sociali insoddisfatti, nè può lamentarsi che i terzi sieno posti in condizione di far valere il loro diritto di fronte a lui acquisito.

D'altronde, questa conclusione corrisponde allo scopo che ebbe la legge quando volle ammessi i creditori sociali a concorrere nei fallimenti particolari dei soci; lo scopo di metterli possibilmente in condizione di ottenere il pagamento integrale dei loro crediti verso la società.

Alla stessa conseguenza deve venirsi se il fallimento di uno dei soci erasi aperto prima del fallimento della società e, essendovi concorsi uno o più creditori sociali, abbiano ottenuto una percentuale sul loro credito verso la società? Parrebbe dovesse rispondersi negativamente, osservando che

in tal caso *al momento della dichiarazione del fallimento della società il credito verso questa era stato ridotto di quel tanto rappresentato dalla percentuale ottenuta nel fallimento del socio.* Eppure non è così. La società ed i soci avevano l'obbligo di pagare l'*intiera* somma: tale obbligo rimane, quando i creditori abbiano ricevuto una percentuale per il loro credito nel fallimento di un socio, poichè, ricevendola, non ebbero l'intenzione di darle carattere estintivo di una parte proporzionale del loro credito, quindi di rinunciare al pagamento *integrale* della somma loro dovuta. L'unico diritto che gli altri interessati hanno si è che quelli non vengano ad ottenere più di quanto avrebbero avuto se i fallimenti delle società e dei soci si fossero aperti contemporaneamente, cioè più dell'intiera somma del loro credito (1).

Del resto, non devesi fare differenza fra questo caso e quello antecedentemente considerato, poichè, come dice il GOLDSCHMIDT (2), non debbono circostanze casuali (come sarebbe quì il fatto che il fallimento del socio, ove fu ottenuta una percentuale, si aprì e liquidò prima dell'apertura del fallimento sociale) avere influenza sul raggiungimento, o meno, dello scopo cui la fideiussione solidale dei

---

(1) FRANKL, op. cit. pag. 64.

(2) *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht,* XIV, pag. 397. Nello stesso senso: ENDEMANN, *Concursverfahren,* pag. 493.

soci mira, cioè il pagamento, entro i limiti del possibile, delle somme dovute dalla società ai creditori sociali.

Ad una conclusione opposta devesi, invece, venire, se il pagamento d'un acconto fosse stato fatto *prima di ogni fallimento;* in tal caso il creditore potrà farsi ammettere al passivo dei vari fallimenti solo con prededuzione dell'acconto, essendo naturale che si faccia produrre al pagamento parziale il suo effetto estintivo, nell'ipotesi in cui il creditore, nel momento in cui riceveva questo acconto, ha dovuto contare sopra un pagamento integrale, come è allorquando al momento del pagamento dell'acconto, tutti i condebitori erano solventi (1).

L'obbligo dei soci di pagare i creditori sociali sussiste di fronte ai terzi; ma la loro reciproca responsabilità è limitata dalle clausole del contratto sociale. Nella esistenza di analoghi patti, il socio che ha pagato i debiti sociali per una somma superiore a quella portata dagli obblighi suoi coi consoci, ha diritto di rivolgersi a questi per il rimborso del di più pagato: in mancanza di tali patti, il socio che ha pagato ha diritto al regresso verso i consoci, confideiussori solidali. Nell'un caso e nell'altro, se la società è fallita, potrà la massa del fallimento di un socio esercitare tale regresso contro le masse dei fallimenti degli altri?

---

(1) Pic, op. cit. pag. 126.

Il nostro codice di commercio all'articolo 789 risolve la questione decidendo che « nessun regresso per i dividendi pagati è accordato ai fallimenti dei coobbligati, gli uni contro gli altri; ma se l'intiero credito di capitali ed accessori sia stato pagato da una o più delle masse obbligate, in guisa che il creditore non abbia più azione contro le altre, le prime hanno diritto di regresso contro le seconde in proporzione della parte del debito che hanno pagato e di quella che era respettivamente a carico di ciascuna »: infatti, una volta che il creditore figura in ciascun fallimento, della società e dei soci, per la cifra nominale del suo credito, se si ammettesse il fallimento che ha pagato un acconto a insinuare il credito resultante in base a questo acconto nel passivo degli altri fallimenti, il medesimo credito figurerebbe nello stesso fallimento per la sua cifra integrale aumentata dalla cifra del regresso — il che è inammissibile (1).

Nel caso che i dividendi pagati da alcuni o da tutti i fallimenti (della società e dei soci) eccedano l'ammontare del credito, il principio accolto dal nostro codice (art. 789) è che il resto sia devoluto alle masse dei fallimenti in proporzione della parte di debito che hanno pagata e di quella che era respettivamente a carico di ciascuno; il principio generalmente accettato è quello for-

(1) Pic, op. cit. pag. 125; Frankl, op. cit. pag. 63.

mulato da Lyon-Caen et Renault (1): « l'excedent doit, en ce cas, être dévolu aux différentes masses de façon à ce que, si tous les codébiteurs ont un intérêt égal dans la dette, chacun en supporte une part égale en y ajoutant la part des insolvables »; il fondamento di tale soluzione si vuol trovare nel fatto che l'obbligo solidale dei soci a responsabilità illimitata ha la medesima causa, il vincolo sociale, e sorse nello stesso momento (2). Noi crediamo che tale opinione non sia da seguirsi. Per dimostrarlo, è opportuno esaminare nelle sue applicazioni il principio formulato da Lyon-Caen et Renault.

Se i soci sono tre e (supposto che il fallimento sociale non dia dividendo alcuno) uno dei loro fallimenti paga il 10 %, l'altro il 40 %, l'altro il 90, i creditori sociali vengono ad avere riscosso il 140 % sui loro crediti, quindi devono restituire questo 40: devono (secondo l'opinione che esaminiamo) restituirlo alle masse dei fallimenti particolari dei soci *in modo* che esse vengano a sopportare una parte *eguale* del debito. Intanto, nel caso da noi esemplificato, applicando il principio esaminato, il 40 andrebbe rimborsato al fallimento del socio che ha pagato il 90. Ma prendiamo pure un esempio più semplice. Supponiamo che il fallimento di un socio

---

(1) *Précis*, II, 885.

(2) Pic, op. cit. p. 125, il quale accetta l'opinione di Lyon-Caen et Renault.

abbia pagato il 50, quello dell'altro il 60, quello del terzo l'80 %; devesi dai creditori sociali restituire un 90; e devesi di questo 90 restituire (lasciando fuori le frazioni) 17 lire a chi ha pagato il 50 %, 27 lire a chi ha pagato il 60 % e 47 lire a chi ha pagato l'80 %, per ottenere che tutti concorrano a pagare egualmente il debito.

Ma questa soluzione che sarebbe giusta di fronte ai tre soci (quando nei rapporti interni non fosse pattuito un differente grado di responsabilità), non è accettabile *perchè ingiusta di fronte ai creditori di uno o più fallimenti particolari dei soci;* poichè, data la differenza degli attivi dei vari fallimenti dei soci, non è ammissibile che artificialmente si eguaglino i loro contributi, come porterebbe il principio formulato da Lyon-Caen et Renault: cotesta eguaglianza di contributi vorrebbe dire una diseguaglianza di trattamento, poichè porta alla disuguaglianza trattare egualmente stati differenti.

Noi crediamo che la soluzione giusta sia quella di restituire il di più ai fallimenti dei soci che hanno distribuito delle percentuali, quindi hanno contribuito a costituire *il di più,* in proporzione della percentuale da ciascuno di essi pagata: i vari fallimenti, nei rapporti fra loro, è giusto che contribuiscano a pagare i debiti garantiti in proporzione della loro potenzialità; come a pagare il debito concorrono in varie proporzioni, nelle medesime proporzioni va loro fatta la restituzione del di più

del debito integrale pagato con le varie percentuali ai creditori sociali.

Abbiamo lasciato per ultimo l'esame della questione, grave e nuova, degli effetti che il fallimento di una società irregolare ha per la formazione del passivo, nel concorso di creditori sociali e di creditori particolari dei soci.

Chi concede credito ad una persona si lascia nella sua decisione determinare principalmente dallo stato patrimoniale di quella; un elemento per giudicare del quale può essere il fare essa parte di una società commerciale di tal sorta che vengasi a produrre nel suo patrimonio una diminuzione di capacità a garantire i creditori personali, per lo speciale diritto di prelazione che si formi sopra una porzione del patrimonio stesso divenuto sociale, a vantaggio dei creditori sociali. Non vediamo una sostanziale differenza, all'effetto qui accennato, fra un patrimonio gravato da ipoteca a favore di dati creditori e un patrimonio da cui si distacchi una parte per costituirne una quota sociale; nell'un caso e nell'altro vi ha una porzione di esso che non costituisce più la garanzia comune dei creditori di cui parla l'articolo 1948 del Codice civile; ma sopra esso si viene a creare una causa legittima di prelazione a favore di alcuni creditori. Nel caso dell'ipoteca si tratta, è vero, di beni immobili; trattandosi, invece, di beni costituenti conferimenti in società commerciali,

possono essere tanto immobili che mobili — e questo ultimo caso si verifica generalmente; ma ciò non toglie la stretta analogia fra' due casi, all'effetto qui considerato. Dato ciò, ne deriva che come l'ipoteca deve essere resa pubblica per essere efficace di fronte ai terzi, così nell'interesse dei terzi, che contrattino particolarmente con i soci, deve essere reso pubblico il vincolo sociale, quando si tratti di società commerciale.

Il nostro codice di commercio ha una serie di disposizioni (1) che dimostrano in modo sicuro che nel sistema di esso vi sono delle pubblicazioni prescritte a favore dei creditori particolari dei soci; come dice il VIVANTE (2), tali creditori sarebbero privati della loro speciale difesa se, come erroneamente fu sostenuto, non potessero esercitare che i diritti dei soci.

Ciò premesso, ricordiamo ancora una volta che è ormai generalmente ammesso che i terzi, i quali

---

(1) Confr. VIVANTE, *Trattato*, vol. I, 308: « Nel sistema accolto dal codice, in seguito a un lungo svolgimento storico, si vollero eziandio difendere i creditori particolari dei soci dal pericolo che mediante un conferimento clandestino questi riescano a privarli della garanzia su cui hanno contato e continuino a godere di una immeritata fiducia. » Il VIVANTE, oltre dimostrare, con opportune citazioni, quale fu lo svolgimento storico di tale principio, enumera, e ci sembra in modo completo, le prescrizioni del nostro codice di commercio che riflettono pubblicazioni ordinate a vantaggio dei creditori particolari dei soci.

(2) Loc. cit.

abbiano contrattato con una società irregolare, si trovano nella condizione di potere, di fronte ai soci, considerare la società come esistente oppure come inesistente, secondo che loro riesce di maggiore utilità.

Si tratta ora di vedere quel che deve decidersi per il caso in cui si abbia una opposizione d'interessi fra' creditori particolari dei soci e i creditori della società, che sia irregolarmente costituita, quando cioè quelli sostengano essere inesistente di fronte a loro, questi ne sostengano, invece, la esistenza — il che avrà importanza pratica specialmente per il caso in cui i secondi abbian fatto dichiarare il fallimento della società. Il VIVANTE (1) così si esprime sul proposito: « Nel conflitto fra creditori sociali e particolari o gli uni o gli altri devono disgraziatamente restare vittime della negligenza o della malafede dei soci; ma in questo conflitto anche l'equità è pei secondi, imperocchè questi non potevano conoscere l'esistenza della società, che non fu pubblicata, mentre ai creditori sociali si può imputare la colpa di non aver desunto dal silenzio del pubblico registro la sua irregolare costituzione. Infine l'opinione che ho combattuto riduce così l'importanza delle forme legali da procurare lo stesso credito alla società costituita regolarmente come a quella che non lo è e

(1) Loc. cit.

così toglie ai soci una delle ragioni in cui il legislatore ha certo contato per metterla in regola.

« Il conflitto diviene più aspro quando la società ed i soci cadono in istato di fallimento. Mentre i creditori sociali sostengono l'esistenza della società per farne dichiarare il fallimento, i creditori particolari la negano per potere esercitare il loro credito su tutto il patrimonio del debitore, anche su quella parte che fu conferita in società; quale interesse dovrà prevalere? In tale conflitto deve prevalere il diritto dei creditori particolari che si oppongono alla dichiarazione di fallimento della società illegalmente costituita, poichè l'articolo 99 vieta ai soci, ma non ai creditori particolari dei soci che esercitano un proprio diritto, di opporre ai terzi la mancanza delle formalità prescritte dalla legge. Questi hanno diritto di contare su tutto il patrimonio del loro debitore, anche su quello che venne conferito nella società (art. 1949 cod. civ.), dacchè i creditori sociali non possono invocare rispetto ai creditori particolari quel diritto di prelazione che ha per condizione l'esistenza di un patrimonio sociale. Revocata la dichiarazione di fallimento della società illegalmente costituita, i fallimenti dei singoli soci resteranno completamente distinti e per ciascuno dovrà fissarsi la data della cessazione dei pagamenti secondo il tempo in cui il fallito li ha realmente sospesi. »

A noi sembra che al VIVANTE, che pure ha portata tanta luce sulla materia delle società irregolari, sia sfuggita l' importanza che ha, per la presente questione, la distinzione tra formalità ordinate dalla legge (perchè una società commerciale sia regolarmente costituita) nell' interesse dei creditori particolari e quelle poste nell' interesse dei creditori della società; a noi sembra che sia appunto il caso di distinguere, per risolvere in modo soddisfacente la grave ed interessante questione che qui ci occupa, fra queste due specie di formalità e che si debba far prevalere l'interesse dei creditori particolari dei soci in conflitto con quello dei creditori della società irregolare, solo quando la irregolarità di questa dipenda da mancato adempimento di formalità ordinate dalla legge nell'interesse di quelli. Ci pare che questa opinione sia ben fondata, l'opinione sostenuta dal VIVANTE, come quella da lui combattuta, lasciando l' impressione di contenere ciascuna solo una parte di vero. Infatti, si comprende, da un lato, che certe pubblicazioni imposte a tutela degli interessi dei creditori particolari dei soci non debbano produrre uno stato di irregolarità dell'ente sociale che avvantaggi i creditori della società a danno di quelli; ma, d'altra parte, come negare che quando la irregolarità dipende da mancato adempimento di formalità che per niente interessano i creditori particolari dei soci, appaia nè giusto nè ragionevole che da tale

mancanza essi traggano un vantaggio a danno dei creditori sociali *per tutelare gli interessi dei quali le formalità stesse furono dalla legge ordinate?* (1).

Nè si dica che ciò posto, e per lo stesso ordine di motivi, non si dovrebbe riconoscere nei creditori della società il diritto di considerare questa irregolare quando la irregolarità dipenda dalla mancanza di formalità ordinata nell' interesse dei creditori particolari dei soci; ciò obbiettando si verrebbe a confondere due posizioni giuridiche sostanzialmente differenti; di vero, in un caso si tratta di giudicare degli effetti prodotti dalla irregolarità nella costituzione di una società di fronte a una opposizione d' interessi fra diverse specie di creditori, cioè fra terzi e terzi, gli uni e gli altri estranei all'omissione che produce la irregolarità; nell'altro caso si tratta degli effetti della irregolarità nei rapporti fra creditori sociali e soci e società; ora non va dimenticato che la nostra legge, colpendo, anche troppo violentemente, la omissione delle

---

(1) Si comprende che oltrechè nei casi di mancanza di adempimento delle formalità richieste nell'interesse dei creditori particolari (quali p. es. la pubblicazione di ciò che ha conferito ogni socio nell'asse sociale, e della parte di utili assegnata ad ogni socio col contratto sociale) deve prevalere, ed a maggior ragione, l'interesse dei creditori dei soci in conflitto con quelli dei creditori sociali tutte le volte che addirittura manchi l'atto scritto per la costituzione della società o sieno affatto state pretermesse le formalità di pubblicazione od affissione.

formalità ordinate per la regolare costituzione di una società, creando ai creditori una posizione evidentemente privilegiata, si è prefissa anche lo scopo di obbligare i soci a mettere la maggiore diligenza nell'adempiere a tali formalità.

Vediamo ora come si concretino i diritti dei creditori particolari di un socio, i quali si trovino nella condizione di poter fare prevalere il loro interesse nel conflitto con quello dei creditori di una società irregolarmente costituita e da questi fatta dichiarare in fallimento. Potranno essi far revocare il fallimento? E come e quando lo potranno?

Per l'articolo 693 cod. di comm. gli interessati (salvo il fallito che ha il termine minore di otto giorni) han diritto di fare opposizione alla dichiarazione di fallimento entro trenta giorni dalla affissione, alla porta esterna del Tribunale, della sentenza che lo dichiarò. Se entro questo termine i creditori particolari dei soci non facciano opposizione alla sentenza che dichiarò il fallimento di una società irregolare, rimane irrevocabile, con tutti i suoi effetti di fronte a tutti, il fallimento della società e quello conseguenziale dei soci: quindi, intanto, si può affermare che il diritto dei creditori particolari dei soci di non considerare, in dati casi, esistente la società irregolare dichiarata fallita, può farsi valere solo entro i trenta giorni dalla affissione alla porta esterna del Tribunale della sentenza dichiarativa del fallimento della società

e dei soci — solo con tale opposizione potendosi ottenere la revoca del fallimento della società e dei soci e solo con tale opposizione potendosi ottenere l'effetto che sui beni conferiti in società dai singoli soci non abbiano i creditori della società un diritto di prelazione.

Ma facendo una tale opposizione i creditori particolari di uno o più soci, avran bensì il diritto di chiedere ed ottenere la riforma della sentenza dichiarativa del fallimento, ma nella sola parte che riconosce e dichiara essere il loro debitore membro della società fallita e, conseguentemente, fallito esso pure, come socio; ma ciò con il solo ed unico effetto di ottenere che sulla quota da esso posta in società i creditori di questa non esercitino un diritto di prelazione. Il fallimento della società rimane per quanto riguarda gli altri soci, i creditori particolari di un socio non avendo evidentemente interesse e quindi diritto di far revocare il fallimento della società, altro che in questo senso ed a tale limitato effetto.

Ci pare che questa soluzione sia l'unica accettabile.

Infatti, l'opposizione, da parte dei creditori particolari, alla sentenza dichiarativa del fallimento è indispensabile per evitare che i creditori della società facciano valere il loro diritto di prelazione sul patrimonio sociale; poichè, in mancanza di tale opposizione, la sentenza dichiarativa del fallimento

passa in cosa giudicata *erga omnes*, producendo tutti i suoi effetti, che son quelli dipendenti dal principio, posto dalla sentenza, che la società *esiste* e che fanno parte di essa, *come soci*, le persone che, perchè tali, furono dichiarati falliti. Con una sentenza passata in cosa giudicata *erga omnes*, che abbia dichiarato il fallimento di una società e dei soci che ne fanno parte, non è possibile che, instaurando un giudizio *ex novo*, i creditori particolari di un socio possano ottenere che cotesto fallimento non produca gli effetti che naturalmente deve produrre e principalmente quello indicato nell'articolo 847 cod. di commercio, cioè la distinzione fra i creditori che hanno un interesse sul patrimonio sociale e i creditori che hanno interesse sul solo patrimonio individuale di ciascun socio; in altre parole, che i creditori sociali faccian valere il loro diritto di prelazione sul patrimonio sociale. D'altra parte, la limitazione che poniamo al diritto dei creditori del socio, dicendo che essi possono chiedere ed ottenere una riforma e non una revoca della sentenza che ha dichiarato fallito, nella sua qualità di socio, il loro debitore, è una logica conseguenza del principio che i creditori particolari di un socio han diritto di disconoscere la esistenza di una società irregolare solo per impedire che si faccia valere sulla quota sociale di lui un diritto di prelazione a favore dei creditori della società. Il fallimento di un socio, pronunziato in conse-

guenza di quello di una società commerciale, interessa anche l'ordine pubblico e può interessare i creditori sociali indipendentemente dal diritto di prelazione sulla quota sociale da lui conferita; inoltre, anche se la società fallita è irregolare, rimane pur sempre la presunzione su cui si fonda il principio che vuole falliti anche i soci, la presunzione cioè che essi pure si trovino in istato di cessazione dei pagamenti; quindi tale fallimento deve rimanere, salvo a non produrre gli effetti che i creditori particolari hanno interesse, di fronte ai creditori sociali, che non sien prodotti: deve cioè la sentenza dichiaratrice del fallimento del socio riformarsi nel senso che venga espressamente dichiarato che non si abbia fra' creditori la distinzione portata dall'articolo 847 codice di commercio e quindi il diritto di prelazione a favore dei creditori sociali.

La revoca del fallimento di uno o più soci, così intesa, cioè limitata agli effetti patrimoniali di fronte ai creditori particolari di questo o di questi, non impedirà, quindi, che contro tutti i soci, niuno escluso nè eccettuato, della società irregolare, possa procedersi per bancarotta.

d) Il fallimento della società e i portatori di obbligazioni

Il fallimento di società anonime, specialmente delle grandi società industriali, ferroviarie o marittime, ha da esaminarsi negli effetti che produce sui diritti dei portatori di obbligazioni emesse dalla società stessa. Una buona legge sui fallimenti non dovrebbe mancare di una efficace e particolare difesa dei diritti di costoro, per la speciale loro condizione; infatti, benchè il portatore di obbligazioni non sia altro che un creditore, pure il suo credito ha delle particolari modalità: il termine del pagamento è, generalmente, incerto, dipendendo dal sorteggio, e non è bene determinato lo stesso ammontare del credito; le obbligazioni sono titoli uniformi che rappresentano uguali frazioni di un credito unico contratto dalla società emittente. Ma è in fatto, più che in diritto, che la condizione dei portatori di obbligazioni si differenzia da quella del creditore ordinario, e ciò si fa maggiormente sentire nel caso di fallimento della società; i creditori ordinari di un fallimento sono generalmente persone sperimentate negli affari, per lo più commercianti, mentre i portatori di obbligazioni sono i più timidi capitalisti, timidi e modesti, che ricorrono a questa forma di prestito — l'obbligazione — per trovare un investimento di capitali sicuro e

quieto; sono creditori pei quali la tutela accordata ai creditori comuni nel fallimento si appalesa insufficiente, tanto più che essi, generalmente, agiscono isolati, correndo il rischio di incontrare forti spese per un credito che può essere di poca entità, e che diventa di minimo valore quando si tratta di concorrere al passivo di un fallimento.

Prendere dei provvedimenti per una tutela preventiva dei diritti di portatori di obbligazioni è certamente impresa difficile (1); ma, almeno, si provveda a tutelarli quando si verifica il fallimento della società, anche per evitare gli inconvenienti d'ordine morale che nella pratica si lamentano (2). A ciò tende il progetto preliminare (articoli 29-34) sul concordato preventivo proposto dalla sottocommissione che studia le riforme al codice di commercio nella parte relativa al fallimento, ove si propone di stabilire il modo con cui le obbligazioni debbono concorrere alla votazione sul concordato, provvedendo così ad una mancanza della legisla-

---

(1) La *Société de législation comparée* (*Bulletin,* 1875, pag. 251) l'ha giudicata addirittura impresa impossibile. Confr. in VIVANTE, op. cit. vol. I, pag. 530 *ad notam* come si abbia una tendenza legislativa verso cotesta preventiva tutela.

(2) JUGLAR, op. cit. pag. VIII, descrive così quello che avviene in pratica: « Les habiles ne manquent pas de profiter de la situation et les obligataires, fatigués de tant de tracas, las de tant de deboires, isolés, sans conseil, sans action, se résignent à leur mauvaise fortune, heureux de trouver le calme qu'ils n'eurent jamais voulu perdre. »

zione in vigore; di valutare le obbligazioni rimborsabili per sorteggio ad un prezzo più equo di quello cui le valuta il codice vigente, di concedere ai possessori di obbligazioni una rappresentanza collettiva. In tal modo, come osserva il Bolaffio nella sua bella *Relazione* (1), il progetto rappresenta il primo tentativo di formare quel diritto collettivo dei possessori di obbligazioni che la dottrina più colta sta elaborando; il progetto accorda ai possessori di obbligazioni, intervenuti all'adunanza per l'approvazione del concordato e dissidenti dal medesimo, la facoltà di costituirsi in consorzio per la tutela dei comuni interessi, nominando, seduta stante, chi li rappresenti in sede di omologazione del concordato ed eleggendo un domicilio collettivo per le notificazioni che, in seguito a tali deliberazioni inserite nel processo verbale, dovranno obbligatoriamente essere fatte al consorzio per renderlo edotto delle fasi successive della procedura.

Due punti son quelli su cui ci dobbiamo ora trattenere: a qual prezzo le obbligazioni vanno ammesse al passivo del fallimento: se e come è possibile, con l'attuale nostro sistema legislativo, di difendere collettivamente i diritti dei portatori di obbligazioni.

---

(1) *Relazione od esposizione dei motivi del progetto preliminare del concordato preventivo,* pag. 87.

Benchè noi ci siamo prefissi di costruire il sistema del fallimento sociale quale è per la legge vigente, per trattare la prima delle due questioni ora accennate dobbiamo adattarci a far un esame, breve e rapido per quanto si potrà, dei vari sistemi proposti od attuati, poichè ci troviamo oggi fra una disposizione della legge nostra vigente che sacrifica i diritti dei portatori di obbligazioni e un progetto preliminare di legge che di questi tien conto.

La questione sul valore da attribuirsi alle obbligazioni per la loro ammissione al passivo del fallimento, non può sorgere e non sorge per le obbligazioni sorteggiate e, così, designate per il rimborso, prima dell'apertura del fallimento; non son più crediti a termine, ma crediti scaduti, pei quali la produzione integrale è di diritto.

Per il caso che il sorteggio non sia ancora avvenuto, varie sono le teorie proposte, specialmente in Francia, dove la legge è muta in proposito. In Italia, invece, la legge esplicitamente la risolve, ma, ci sembra, nel peggiore dei modi (1).

---

(1) Nella giurisprudenza nostra non troviamo traccia di questioni sorte in proposito. Se ne presenta, però, mentre stiamo scrivendo, una nel fallimento della *Società immobiliare:* nel verbale di chiusura della verifica dei crediti di questa, fu contestata l'ammissione fatta al passivo delle obbligazioni dell'*Immobiliare* al valore nominale; la questione sorge per non essersi trovati nei registri di contabilità gli elementi occorrenti per determinare il loro valore di emissione. *Cancelleria trib. di Roma: Atti del fallimento dell'Immobiliare, filza terza.*

Il *valore* di un'obbligazione può essere quello *nominale* e quello *d' emissione ; nominale* è quel valore a cui verrà rimborsata la obbligazione; *valore d'emissione* è il prezzo, al quale realmente fu pagata la obbligazione al momento in cui fu creata: la differenza fra questi due valori si chiama *premio.*

Quanto al prezzo al quale l'obbligazione deve prodursi ed ammettersi al passivo del fallimento della società, vi sono tre sistemi:

1° *Della produzione integrale del premio ;* cioè i portatori di obbligazioni debbono essere ammessi al passivo per il capitale nominale dei loro crediti. Il ragionamento su cui tal sistema si fonda è il seguente: Il fallimento rende esigibili i debiti a termine; la somma che può esigersi in forza di questi debiti è la *somma dovuta ;* ora quale è, nella specie, la somma *dovuta* se non il capitale *nominale* di ogni obbligazione? Non è questo il capitale che la società, nel giorno della emissione, si è assunta di pagare di fronte ai portatori delle obbligazioni?

Contro questo sistema si obbietta: che la durata del prestito è, se non la condizione, « la causa stessa » del diritto al premio; che le obbligazioni avendo, generalmente, un prezzo di borsa, sarebbe enorme che il giorno del fallimento le si vedessero ammettere al passivo di questo, al prezzo nominale, che mai forse hanno raggiunto, durante il periodo anteriore al fallimento; che la collocazione al valor nominale costituisce un vantaggio per i

portatori di obbligazioni a danno degli altri creditori, assicurando a quelli il pagamento immediato di un premio, la cui esigibilità, in tempi normali, non si verificherebbe che in un'epoca più lontana (1).

2° *Nessuna produzione pel premio.* È il sistema accolto dal nostro codice di commercio all'art. 851; negli *Atti della commissione incaricata* ecc. (2). Si legge a giustificazione di tale sistema: « Nel caso che una società abbia emesso obbligazioni non solamente è giusto che dal valore nominale si detragga ciò che per le stesse si fosse pagato a titolo di ammortizzazione o di rimborso di capitale, ma qualora il prezzo di emissione fosse inferiore al valor nominale, è pur giusto che, nel valutare il credito dei portatori, si tenga conto del primo e non del secondo, giacchè, altrimenti, il portatore di un'obbligazione di 100 che paghi 80 alla società al momento della emissione si troverebbe nel fallimento nelle condizioni medesime di colui che

---

(1) Si veda in Lévy-Ullman, *Traité des obligations à primes et à lots*, pag. 350, una vivace ed acuta critica di queste varie obbiezioni. Il Lévy-Ullman, finisce, però, col proporre una soluzione arbitraria come la seguente: « En principe, les obligataires ne peuvent être colloqués pour le montant intégral de la prime de remboursement: une *réduction* est nécessaire; toutefois, par exception, en présence d'une prime de remboursement *modique*, les obligataires peuvent produire à la faillite pour le montant nominal de leurs titres ».

(2) N. 937.

avesse somministrato realmente una somma eguale a quella espressa nel suo titolo ».

Ma se è vero che il valore di emissione dà la misura esatta della somma realmente *imprestata*, non la dà, giuridicamente ed economicamente, della somma *dovuta*. Per determinare l'ammontare del *dovuto*, è impossibile di non tener conto, almeno, del maggior valore acquistato al momento del fallimento da titoli il cui valore cresce con le probabilità del rimborso.

3° *Produzione parziale o ridotta del premio*. È il principio generalmente accolto in Francia e così formulato da Lyon-Caen et Renault (1): « Les obligataires... ne doivent pas être colloqués pour le capital nominal, ni pour le taux d'emission mais bien *pour le taux d'emission augmenté d'une somme représentative de ce dont chaque obligation vaut plus à raison de la prime de remboursement qui y est attachée* » (2).

Delle varie regole per applicare questo sistema (che è il preferibile anche per lo spirito di equità da cui è informato) delle regole, cioè, proposte per fissare l'ammontare della somma supplementare, la preferibile ci sembra quella proposta dalla Corte

(1) *Traité*, II. p. 390.

(2) Questo è il sistema accolto dalla sottocommissione pei fallimenti nel suo progetto sopra ricordato. Vedi la citata *Relazione* del Bolaffio p. 90 e segg.

d'appello di Parigi, 18 marzo 1881 (1), per cui la frazione di premio da concedere ai portatori di obbligazioni oltre il prezzo di emissione è nella stessa proporzione con il premio totale, del numero di anni decorsi dall'apertura del periodo di ammortamento fino alla dichiarazione di fallimento con la durata media di questo stesso periodo (2).

Questa soluzione ci sembra che sia una conseguenza necessaria della natura del premio che, secondo la dottrina più generalmente accettata, è *una semplice accumulazione d'interessi annuali ritenuti e capitalizzati* (3); questa teoria che in un nostro prossimo lavoro illustreremo più ampia-

(1) Sirey, 1883. 2. 239.

(2) Levy-Ullmann, op. cit. pag. 336. La proporzione vien chiarita se si mette sotto forma matematica, del resto semplicissima. Sieno: P. il premio di rimborso, N. il numero di anni compresi fra il periodo medio di ammortizzamento, n. il numero di anni compresi fra l'apertura del periodo di ammortizzamento e quello del fallimento, p. la porzione di premio ricercato:

La proporzione è:

$$\frac{p}{P} = \frac{n}{N}$$

onde

$$p = \frac{Pn}{N}$$ formula generale del premio.

(3) Il meccanismo per il servizio di rimborso delle obbligazioni a premio trova con questa teoria un fondamento semplice e chiaro: si ha abbandono di una frazione dell'interesse annuo consentito preventivamente dal mutuante al momento dell'emissione: ritenute effettuate dal mutuatario in esecuzione di questa convenzione: capitalizzazione di questa ritenuta.

mente, benchè sia stata di recente sottoposta ad una critica vivace ed arguta, resta nonostante come la costruzione economicamente più vera e giuridicamente più esatta che dar si possa del *premio*.

Abbiam veduto come l'obbligazione deve essere ammessa al passivo del fallimento al valore nominale, se fu sorteggiata prima della dichiarazione del fallimento. Esaminiamo se di fronte al disposto dell'articolo 851 cod. di comm. possano, se la società ha trascurato di procedere a certi sorteggi alle epoche determinate, possano questi sorteggi essere effettuati, dopo la dichiarazione del fallimento, in modo che le obbligazioni favorite dalla sorte abbian diritto di essere ammesse al passivo pel valore *nominale*.

Si dice, a sostegno dell'affermativa: in tal caso la causa di preferenza è anteriore al fallimento, perciò deve produrre i suoi effetti; i creditori sanno, nel giorno della dichiarazione del fallimento, che vi è un certo numero di loro che debbono essere collocati per il valore nominale dei loro crediti; il conoscere quali saranno è cosa accessoria: poco importa quali numeri saranno sorteggiati; il sorteggio opera in qualche modo con effetto retroattivo (1).

Noi diciamo, invece: la dichiarazione del falli-

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *Précis*, II, pag. 682, nota 2ª; LÉVY-ULLMAN, op. cit. pag. 360. *Contra*: JUGLAR; op. cit. pag. 78 nota 1ª

mento fissa la situazione dei creditori; la situazione dei portatori di obbligazioni non è differente da quella degli altri creditori; i portatori di obbligazioni *incerti* che avrebbero potuto veder sorteggiati i loro titoli non si possono trovare e non si trovano in condizione migliore dei semplici creditori che avrebbero potuto riscuotere i loro crediti scaduti prima del fallimento e non li riscossero per trascuranza degli amministratori della società fallita nel far loro la relativa rimessa di fondi: dichiarato il fallimento, questi creditori son pagati con moneta di fallimento, come i portatori di obbligazioni debbono esser pagati sul valore d'emissione dei loro titoli, poichè deve prevalere, in entrambi i casi egualmente, il diritto della massa, che porta ad escludere ogni miglioramento, dal giorno del fallimento, della condizione di alcuni creditori del fallito.

I portatori di obbligazioni hanno interessi comuni fra loro e diversi da quelli degli altri creditori sociali; tale comunione e tale diversità specialmente manifestansi quando la società viene dichiarata in fallimento.

Come la società fallita per gli interessi suoi speciali, in contrasto con quelli della massa, viene rappresentata dagli organi suoi antichi, potrà per gli interessi suoi particolari, o non coincidenti con quelli della massa o con quelli in opposizione, avere l'insieme dei portatori di obbligazioni un rappresentante suo?

Il BAUREGARD (1), in un suo scritto breve e di occasione, che si trova ormai di frequente citato dopo che, a torto, si volle in esso rintracciare i germi di una teoria, che fra breve esamineremo, proposta e svolta con ben altra competenza dal THALLER; descritti, con evidente esagerazione, gli inconvenienti che renderebbero oggi intollerabile la condizione di portatori di obbligazioni scrisse:

« Ces inconvénients, couramment acceptés par les Sociétés et par le public, montrent assez que dans la pratique de l'association nous en sommes encore à l'enfance de l'art. Or, ils seraient tous supprimés si l'on voulait bien renoncer à considérer, contre toute raison, les obligataires comme des créanciers ordinaires, indépendants les uns des autres. Il faudrait que l'on pût établir entre eux un lien analogue à celui qui existe entre les actionnaires d'une même Société. Associés pour la conservation et la défense de leurs droits, les obligataires tiendraient des assemblées générales ordinaires et extraordinaires où, à une majorité determinée, ils nommeraient des représentants et leur déféreraient des pouvoirs plus ou moins étendus selon les cas. Ils pourraient ainsi exercer un contrôle sérieux, recevoir et conserver les sûretés promises, consentir les renonciations utiles, sauvegarder en un

(1) *La législation sur les obligations des sociétés par actions* nell'*Economiste français* del 14 dicembre 1889, pagg. 727-729.

mot leurs intérêts à tous les points de vue. Chacun d'eux d'ailleurs (de même qu'un actionnaire) conserverait son droit d'action individuel, sous la seule réserve qu'il serait lié par les décisions de la majorité. »

Qualcosa di simile a quanto veniva proposto dal BAUREGARD esiste negli Stati-Uniti d'America con i *trustees*, ed a questi si richiama il BAUREGARD, ma non avendone forse una idea molto precisa, specialmente non considerando che il *trustee* può essere tanto una persona singola, quanto una società *(trust company)* e trascurando di considerare — cosa molto importante — chi è che nomina il *trustee*.

Le società americane di *trust* sono banche speciali di deposito, che si occupano della esecuzione dei contratti di *trust*, cioè di *fedecommessi*, che hanno preso uno sviluppo molto considerevole presso i popoli anglo-sassoni; coteste società sono agenti di affari, e specialmente agenti finanziari delle grandi compagnie.

Per le società ferroviarie americane l'imprestito ipotecario è la base di quello che si dice il capitale-obbligazioni, tanto che tali imprestiti rappresentano l'85 °/₀ del debito totale delle società ferroviarie (1). Proprietaria perpetua della sua rete, la società che emette le obbligazioni trasferisce vir-

---

(1) PAUL-DUBOIS, op. cit. pag. 104.

tualmente al *trustee* dell' imprestito, depositario legale, le proprietà che essa destina alla garanzia dei portatori di obbligazioni, e constata ciò in un contratto ipotecario passato in forma di atto di *trust (trust deed)* che rimane, per fare fede, al *trustee*, scelto e nominato dalla società stessa emittente delle obbligazioni.

Il *trustee* rappresentante dei portatori di obbligazioni, provvederà alla conservazione delle proprietà su cui fu conceduta l'ipoteca e, in caso di non pagamento, inizierà gli atti e prenderà ogni altra misura legale, che sarà deliberata dai portatori di obbligazioni (1).

Ma la società che il BAUREGARD si augura che una legislazione più progredita delle attuali ammetta, sarebbe, secondo una recente dottrina, già esistente per la legge francese (e, per li stessi motivi, per la legge italiana) in conseguenza della natura stessa dell' emissione di obbligazioni da parte di una società anonima (2). L'autorità dello scrittore che sostiene tale opinione richiede un accurato esame di essa.

---

(1) PAUL-DUBOIS, op. cit. pag. 105.

(2) THALLER, *Construction du droit des obligataires sur la notion d'une société qui existerait entre eux,* negli *Annales de droit commercial,* 1894, pag. 65-87. Questa teoria non ha, generalmente, trovato favore fra gli scrittori francesi e il THALLER ritornandovi sopra negli stessi *Annales,* 1896, pag. 152, osserva: « Sa hardiesse les a certainement effrayés, nous n'en sommes pas trop surpris. *Elle a moins intimidé certaine commission de reforme belge qui vient de l'accepter.* »

Il sistema del Thaller si fonda su questa idea: il sottoscrittore di una obbligazione non fa un contratto indipendente da quello di ciascuno degli altri sottoscrittori, in modo che fra i portatori di obbligazioni non vi sia alcun *vinculum juris;* non si imprestano 500 lire ad una società, si partecipa ad un insieme di sottoscrizioni per un milione di lire; non si impresterebbero 500 lire senza riguardo a ciò che faranno gli altri sottoscrittori; queste 500 lire rappresentano nella cassa sociale una quantità infinitesimale, impotente a realizzare il piano che il prospetto di emissione annunzia.

I portatori di obbligazioni si trovano uniti per una specie di legame sociale, in quanto subordinano ad un concetto reciproco i loro interessi, in modo che essi formano fra loro una vera e propria società, la quale non da luogo ad un atto sociale scritto, nè alla compilazione d'uno statuto; di essa non si fa neppur parola; ma « elle existe au fond des intentions ». Ecco, che i portatori di obbligazioni divengono *azionisti di una società civile e anonima di prestito.* Ma questa società come si fa manifesta? Avrà una sede sociale? un personale proprio, almeno per la rappresentanza? « A quoi bon — dice il Thaller — un siège de centralisation des obligataires, se détachant du siège et du personnel de la Compagnie emprunteuse? Ce luxe d'administration double est inutile, il entraînerait à la charge des obligations des frais qu'on peut

pratiquement leur eviter. Le conseil d'administration de la Compagnie principale cumulera les deux rôles. Il s'offrira aux obligataires, et cela gratuitement, pour être leur agent d'operations. *L'emprunteur consent à étendre ses fonctions de manière à devenir l'organe de la société des prêteurs.»*

Il THALLER sostiene che ci troviamo dinanzi a questa decomposizione:

1° Una società che prende l'iniziativa d'una emissione di obbligazioni. Cioè: fondando una società di portatori di obbligazioni e facendo appello essa stessa ai sottoscrittori per mezzo di prospetti, sopra uno statuto nuovo che non è redatto, ma sottinteso.

2° La società constata il successo di queste emissioni e incassa i fondi. Cioè: come promotrice essa riunisce i sottoscrittori, riunisce il denaro, constata il successo dell'operazione, dichiara la società dei portatori di obbligazioni costituita, promette di amministrarla. Tutto ciò senza riunire l'assemblea generale. Come mutuante fa passare i fondi nella sua cassa e li impiega ai propri scopi.

3° Alla fine di ogni esercizio, la società preleva quel tanto necessario pel pagamento degli interessi e per l'ammortizzamento dei titoli. Cioè: *lato passivo:* la società si libera della frazione del suo debito giunto a scadenza; *lato attivo:* essa versa la somma alla società fra i portatori di obbligazioni, cioè a dire a se stessa, perchè amministra

questa società; e a questo secondo titolo procede fra i membri di detta impresa alla distribuzione degl' interessi e al sorteggio.

Il Thaller, posto ciò, sostiene che l'*interesse* dell'obbligazione può benissimo riportarsi alla concezione del *dividendo* dell'azione; quindi che, da questo lato, non si può combattere la possibilità delle società fra i portatori di obbligazioni.

Noi, pur riconoscendo l' ingegnosità della costruzione del Thaller, la crediamo mal fondata. Naturalmente, noi la consideriamo in modo speciale dal punto di vista della nostra legge, ma sostanzialmente, quanto noi osserveremo può dirsi anche di fronte alla legge francese.

In primo luogo un'osservazione che si presenta spontanea: la solidarietà d'interessi fra i portatori di obbligazioni non può avere la prerogativa di creare l'*affectio societatis,* condizione indispensabile perchè si possa parlare di società: i sottoscrittori di obbligazioni, ed a maggior ragione i successivi acquirenti di queste, si considerano come creditori del medesimo ente, non come azionisti della medesima società.

Il Thaller (1) risponde a questa obbiezione dicendo: « L'idée que des individus se trouveraient ainsi de plein droit en état de société sans l'avoir dit,..... a paru excessive: un associé sans le sa-

(1) *Annales de droit commercial*, 1896, 152.

voir n'est-ce pas une anomalie? Nos auteurs s'imaginent-ils qu'à notre époque où l'opération machinale préside aux placements plutôt qu'un discernement très claire des résolutions prises, ce sens de l'état de société apparaisse plus clairement à l'esprit de ceux qui souscrivent des actions et non des obligations? En réalité n'y a-t-il pas de part e d'autre rencontre simultanée à des guichets de personnes qui exposent sans doute leur argent dans un mode différent selon la combinaison, mais sont reliées entre elles de la même manière? »

Questo è molto ben detto, ma non è giusto: che una persona possa, acquistando un'azione, diventare azionista senza saperlo, è certo; poichè basta avere l'intenzione di comprare un'azione e comprarla, perchè si divenga necessariamente, benchè inconsapevolmente, azionista; ma da questo all'ammettere che si divenga *azionista,* acquistando una *obbligazione,* la differenza è enorme; poichè l'acquisto di un'obbligazione non implica che si divenga azionista; anzi può escludere l'intendimento di divenirlo, essendo frequente il caso che l'acquirente di un'obbligazione abbia prescelto cotesto modo d'investimento dei suoi capitali per evitare così di entrare come socio di una società, di qualunque società, ed evitare i rischi relativi a tale condizione.

Ma esaminiamo un po' più intimamente, e da un punto di vista rigorosamente ed esclusivamente

giuridico — come ci sembra non sia ancora stato fatto — la teoria del Thaller.

Secondo essa il vero funzionamento della società fra i portatori di obbligazioni comincia al momento in cui è dichiarato il fallimento della società emittente delle obbligazioni; allora solo s'inizia la fase del conflitto e, per dirla con le parole stesse del Thaller, la società fra i portatori di obbligazioni entra in iscena; ma « elle ne peut le faire qu'en se détachant de l'entreprise qu'a recuilli ses fonds. Si elle n'a pas eu jusque-là d'organisme indépendant, il est opportun qu'elle s'en procure un maintenant. » E il modo? Se l'impresa insolvente non convoca l'assemblea generale dei portatori di obbligazioni (e il Thaller accenna molto timidamente alla eventualità che ciò avvenga, perchè tutto è possibile fuorchè la società debitrice si occupi, nel momento in cui la crisi la investe, a provvedere i suoi creditori delle armi per combatterla) ogni portatore di obbligazioni *potrà domandare lo scioglimento della società di cui fa parte ed il tribunale nominare un liquidatore,* il quale agirà ormai in nome dei portatori di obbligazioni riuniti, rappresenterà la persona giuridica (1).

---

(1) Il Thaller, *Construction du droit* etc. pag. 84, suppone anche il caso in cui vi sieno diverse serie di obbligazioni emesse *in diverse epoche* e in tal caso « chacune de ces séries formant une société distincte sera dotée d'un liquidateur séparé. » Questa

Ma difficilmente si può concepire una situazione più strana di questa: di una società che si faccia realmente viva solo sciogliendosi e agisca ed operi solamente quando le è stato nominato un liquidatore.

Questa situazione s'imponeva nella concezione del THALLER perchè bisognava, per evitare che tutta la sua costruzione rovinasse, far sorgere la società da lui immaginata contemporaneamente alla sottoscrizione delle obbligazioni e, tanto per darle una rappresentanza formale, riconoscere come suoi rappresentanti gli amministratori della società emittente: ma tale duplicità di rappresentanza era ammissibile solo a condizione che gli amministratori, come rappresentanti di uno degli enti *rimanessero inerti;* rimanessero inerti anche quando i primi segni, e poi i più gravi, del disastro della società emittente si fossero appalesati; il primo movimento fatto dagli amministratori come rappresentanti della società fra i portatori di obbligazioni, avrebbe portato ad una opposizione di interessi, e questa possibilità si voleva esclu-

---

soluzione è logica, data la teoria del THALLER; ma si immaginino le complicazioni che produrrebbe: anche se le obbligazioni emesse in diverse epoche si trovassero nella identica situazione, quindi i loro portatori avessero gli identici interessi, sarebbero necessarie diverse rappresentanze; e dire che gli sforzi per costituire in unione i portatori di obbligazioni hanno anche lo scopo di dare unità di indirizzo alla loro azione!

dere, malgrado che il THALLER abbia tentato di mettere in luce due lati in certe operazioni che gli amministratori ponevan in essere, il lato a favore di una, il lato a favore dell'altra delle due società. Ma se si fosse ammessa la facoltà negli amministratori di agire, realmente, nell'interesse della pretesa società fra i portatori di obbligazioni e la relativa eventuale incompatibilità delle due funzioni nella stessa persona, cadeva tutto l'edificio, fondato sulla unicità degli amministratori. Perchè la costruzione del THALLER fosse stata corrispondente alla realtà si sarebbe dovuto ammettere che la società fra i portatori di obbligazioni cominciasse ad esistere nel momento del fallimento della società emittente; ma questo, teoricamente non potendosi ammettere, perchè la società dei portatori di obbligazioni non è giuridicamente possibile che se nata per fare l'imprestito — altrimenti mancano le condizioni essenziali per l'esistenza della società —; ecco come, con uno sforzo logico, si venne a costruire questo ente anomalo che comincia a vivere quando gli altri si preparano a morire, una società che comincia ad esistere effettivamente, cioè a funzionare, quando si scioglie.

In conclusione, la società fra i portatori di obbligazioni ideata dal THALLER è un fantasma, che sorge quando la società emette le obbligazioni e che diviene realtà quando questa fallisce. La teoria del THALLER è escogitata, con la mira di rendere,

girando la difficoltà, possibile quello che la legge non permette, cioè una società civile fra i portatori di obbligazioni, costituita al momento in cui si dichiara fallita la società emittente; epperò è una teoria artifiziosa.

Vediamo, ora, se vi è modo, con la nostra legislazione, di riunire efficacemente, per il caso di fallimento della società, i portatori di obbligazioni per una difesa collettiva dei loro interessi.

Senza dubbio potrebbe validamente costituirsi una società civile, anche anonima, prima che sia contratto il mutuo, per riunire i sottoscrittori di obbligazioni e *contrarre essa il mutuo con la società emittente*. Ma questo praticamente non avviene, sia perchè la società emittente non ha interesse a farsi promotrice di questa società — ed essa sola potrebbe efficacemente farlo: preferisce di trattare con dei sottoscrittori singoli, naturalmente meno esigenti; sia perchè i futuri portatori di obbligazioni, anche avessero facilità di riunirsi, per loro iniziativa, in società civile prima della sottoscrizione, non sentono in quel momento il vantaggio di una unione fra loro, perchè la necessità del raggruppamento si fa sentire quando la società emittente diviene insolvente.

L'utilità di questo raggruppamento è allora evidente e fu sperimentata. JUGLAR (1) lo dimostra

(1) Op. cit. pag. 49.

con dati che egli ha dedotti dal fallimento del *Crédit foncier colonial*, in cui una società costituitasi fra i portatori di obbligazioni riescì a funzionare. Esaminando le diverse proposte di concordato fatte successivamente in questo fallimento, si scorge subito l'efficacia reale dell'attività spesa dalla società fra i portatori di obbligazioni.

Si è sostenuta la possibilità di costituire una società civile fra questi, prima del fallimento, per tutelare gli interessi dei soci; e alcune sentenze francesi (1) ne hanno ammesso la validità; ma a torto, poichè è evidente, tanto che non occorre dimostrarlo, che qui mancano i requisiti essenziali perchè si possa parlare di società; manca il conferimento, manca la possibilità del beneficio da ripartirsi (2).

Ma dopo la dichiarazione del fallimento della società emittente, la costituzione di una società civile fra i portatori di obbligazioni sarà possibile? Basta per persuaderci che non è possibile, ricordare, anche qui, che perchè si abbia una società si deve convenire di mettere qualcosa in comune al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare (art. 1697 cod. civ.). Eppure è stato

---

(1) Corte d'appello di Parigi, 5 dicembre 1885, *Revue des sociétés*, 86, 95.

(2) Confr. LABBÉ in nota al SIREY, 1879, 2, 313; e JUGLAR, op. cit. pag. 42.

sostenuto il contrario e — quello che più meraviglia — da coloro che non ammettono la validità della società civile costituita prima del fallimento (1); è stato sostenuto il contrario, osservando che nella pratica si costituisce il conferimento mediante il versamento di una quota per far fronte alle spese di amministrazione. Ma ciò può farsi anche nelle società create prima del fallimento — e (questo è l'importante) non costituisce una quota atta a creare un fondo sociale. Ad ogni modo, poi, manca il beneficio da realizzarsi, in quanto il portatore di obbligazioni, entrando in società, *certat de damno vitando*. JUGLAR (2) fa un tentativo non felice per dimostrare il contrario; egli dice: « Dans toute faillite... il y aura un tant % qu'on n'aurait pas pu dépasser en restant isolé, qu'on dépasse en étant unis, peu importe qu'on puisse ou non déterminer le montant du bénéfice, résultant d'une différence dont l'un des chiffres peut n'être pas connu, le bénéfice existe puisqu'on gagne quelque chose en s'unissant; le benefice provient de ce qui a été mis en

---

(1) Così JUGLAR op. cit. pag. 43. Per questa intima contradizione la critica da lui fatta nel suo lavoro, del resto molto pregevole, alla teoria del THALLER non riesce penetrante e decisiva: egli ha dovuto non toccare certi punti per non combattere implicitamente, combattendo l'opinione del THALLER, anche la propria.

(2) Op. cit. pag. 45.

commun, il est réparti entre tous les sociétaires. »
Ma se non c'inganniamo, questo ragionamento non è ben fondato: esso proverà che chi cerca di evitare un danno viene indirettamente a cercare di avere un beneficio; e questo lo sapevamo; ma data la classica distinzione fra la ricerca di evitare un danno e quella di ottenere un lucro, chi cerca di perdere meno che può di ciò che è suo — nel caso nostro di perdere meno che è possibile sul credito che vanta — non cerca di fare un lucro, ma tende ad evitare o ad alleggerire il suo danno.

Il Dalloz (1) dopo avere un po' accettata e un po' respinta l'opinione del Thaller, ma più respinta che accettata in quanto *offende il principio della libertà delle convenzioni*, sostiene che, senza bisogno di patti o convenzioni, esiste, pel solo fatto della sottoscrizione del prestito, un'associazione fra' portatori di obbligazioni dal momento in cui il prestito fu sottoscritto: « l'association dont nous avons constaté l'existence entre les obligataires n'est, au fond, qu'une association de défense mutuelle, nous dirions presque une association de secours mutuels; elle n'a aucun des caractères de la société anonyme... » Quasichè, o società anonima o società di mutuo soccorso, l'offesa « à la liberté des conventions », come dice con grandi

(1) *Supplément au Répertoire*. V. *Société*, n. 887.

parole il DALLOZ, non si avesse lo stesso, imponendo a chi non ha consentito di farne parte, di esserne considerato socio.

Ma la nostra legge, che in materia di riunione di più persone a scopi d'interessi privati ha maggiore elasticità della legge francese, non toglie — malgrado l'inammissibilità dei sistemi fino ad ora esaminati — che si organizzi un'efficace tutela collettiva degli interessi dei portatori di obbligazioni, mediante la costituzione di unioni ad *hoc;* queste unioni, perchè la loro azione si svolga libera da impacci, e perciò efficace, debbono avere una rappresentanza collettiva, che possa esercitarne i diritti, validamente, di fronte ai terzi. Questo è possibile? Il VIVANTE (1) dice che i comitati che si costituiscono fra i portatori di obbligazioni per agevolare l'esercizio dei loro diritti non possono esercitarli se non nella stessa misura e in seguito a regolare mandato fornito da ciascuno dei soci: noi, invece, crediamo che questo rigorismo non sia rispondente al sistema della nostra legge: come sostiene il GIORGI (2), non si può supporre colleganza d'interessi, partecipazione di guadagni, di comodità, di passatempo, senza che questa comunione di interessi non trovi la via di farsi valere nelle relazioni interne fra

(1) Op. cit. vol. I, pag. 532.
(2) Op. cit. vol. I, pag. 189.

consociati, e in quelle in cui deve qualche volta mettersi con i terzi. Per la qual cosa, nelle relazioni tra i singoli, basta il patto; al di fuori occorre un'amministrazione estrinsecata mediante un rappresentante comune autorizzato a contrattare o a stare in giudizio. « Mandato espresso o tacito, dice il GIORGI, poco importa; citazione e contratto che lo dicano espressamente o che lo contengano tacitamente, sono cose d'importanza secondaria, le quali possono influire sul modo, con cui si riversa la responsabilità e si svolgono le relazioni contrattuali e le conseguenze della lite, ma non tolgono nè l'efficacia del contratto, nè il diritto di comparire in giudizio... »

e) IL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ E LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI.

Le azioni in responsabilità contro gli organi sociali (amministratori, liquidatori, sindaci) si distinguono, secondo il VIVANTE (1) così: 1° *l'azione sociale*, il cui esercizio spetta unicamente all'assemblea, perchè solamente la società, per mezzo del suo organo supremo, l'*assemblea*, può esercitare le azioni che tendono ad integrare il capitale sociale, distrutto o diminuito per colpa o dolo degli altri organi, specialmente degli amministratori; 2° *l'azione*

(1) Op. cit. I, 541 e segg.

individuale dei creditori danneggiati per fatti particolari degli amministratori; 3° *l'azione individuale degli azionisti* contro gli amministratori, che dolosamente o colposamente li abbiano indotti ad acquistare azioni della società da loro amministrata ad un prezzo superiore al giusto; 4° *l'azione collettiva dei creditori.* Noi accettiamo l'opinione sostenuta dal Vivante per quanto si riferisce alle tre prime specie di azioni, opinione, del resto, che è quella di gran lunga prevalente; dissentiamo per quanto si riferisce alla quarta azione, che è quella proprio che c'interessa per il nostro studio; poichè l'azione ch'egli chiama collettiva dei creditori è, secondo il Vivante, da esercitarsi per mezzo del curatore e non può esercitarsi finchè non sia stata constatata legalmente l'insolvenza della società mediante la dichiarazione del fallimento, perchè « i creditori non hanno alcun legittimo interesse di farlo fino a quando la società paga i suoi debiti »; il Vivante aggiunge che « la massa dei creditori esercitando l'azione di responsabilità contro gli amministratori *fa valere un proprio diritto che è riconosciuto dalla legge.* »

Noi diciamo che l'azione che il Vivante chiama *azione collettiva dei creditori* non è altro che l'*azione sociale che durante la società può esercitarsi dall'assemblea.* Riservandoci di dimostrare or ora quanto qui affermiamo, accenniamo subito alla importanza, anche per gli effetti pratici, della

questione: se le azioni sono due, ne consegue — come il VIVANTE conclude — che le transazioni, le assoluzioni dell'assemblea non toccano il diritto dei creditori; il VIVANTE non aggiunge (eppure, logicamente, necessariamente, dato il principio da lui sostenuto a questo deve venirsi) che anche se gli amministratori han rifuso i danni, da loro arrecati, alla società, debbono rifonderli di nuovo ai soci, che esercitano *l' azione collettiva* per mezzo del curatore; poichè se la società ha il diritto di esigere la rifusione, ha anche quello di transigere, e se le si nega quello di transigere, ciò vuol dire che non ha neppure quello di esigere, poichè i due diritti sono perfettamente collegati ed inscindibili. Dato invece *che l'azione sia la stessa,* se fu esercitata dalla società, se vi fu transazione fra la società e gli amministratori, il curatore (salva, in quest'ultimo caso, l'azione per farla revocare se fatta in frode dei diritti dei creditori) *non ha più niente, da quel lato, da pretendere dagli amministratori.*

Il VIVANTE parte dal concetto che la massa dei creditori, esercitando l'azione in responsabilità contro gli amministratori, eserciti *un diritto proprio;* ora, questo non è, e non può essere: il curatore, esercitando tale azione in responsabilità, esercita il *diritto già spettante alla società.*

E ci sembra facile il dimostrarlo. Perchè l'azione di risarcimento fosse esercitabile dal curatore va-

lendosi di *un diritto proprio* della collettività degli azionisti, e fosse perciò un'azione diversa da quella che spettava, prima del fallimento, e che spetterebbe, se il fallimento non fosse intervenuto, all'assemblea della società, bisognerebbe, che *il danno da risarcire non avesse lo stesso oggetto* e che *risarcito ad uno dei subbietti* (società, collettività dei creditori) *dei pretesi due diversi diritti, fosse risarcibile ancora all'altro.*

Ma questo non è, e questo neppure il VIVANTE sostiene; ma questo non è, perchè il diritto al risarcimento proprio della collettività dei creditori non esiste. Essi hanno diritto di esser pagati sul patrimonio sociale e, a tal fine, hanno diritto che si faccia rientrare in quello tutto quanto ad esso spetta; ma il danno di cui si tratta fu dagli amministratori direttamente recato alla società e perciò il diritto al risarcimento è un diritto proprio di questa. Il curatore per fare entrare nel patrimonio sociale quel valore rappresentato dal diritto al risarcimento, esercita l'azione; ma l'*azione sociale.*

Che sia la stessa azione quella che il VIVANTE chiama *azione sociale* con quella che egli chiama *azione collettiva dei creditori,* finisce col dimostrarlo il VIVANTE stesso quando dice (1) che « sulla massa così ricostituita (con l'esercizio di quell'azione) essi (i creditori) saranno soddisfatti pei primi; *quanto*

(1) Op. e vol. cit. pag. 541.

avanza sarà ripartito fra gli azionisti e così ognuno avrà quanto gli spetta sulla somma dovuta dagli amministratori e dai sindaci. » Se il curatore avesse esercitato una azione *propria della collettività dei creditori*, e non *l'azione sociale*, TUTTO il pagato dagli amministratori per rifacimento dei danni recati andrebbe ai creditori, una volta che il curatore avrebbe fatto valere un loro diritto; va invece, il di più (a ragione lo afferma il VIVANTE) agli azionisti, o meglio, rimane alla società perchè venga poi diviso fra gli azionisti, avvenuta la liquidazione.

Si è sostenuto che il fallimento della società potesse influire sull'azione per ottenere il risarcimento dei danni contro gli amministratori e gli organi sociali in due modi: sospendendo l'azione, durante la moratoria della società, e facendo decorrere il termine per la prescrizione dal giorno del fallimento.

Benchè della moratoria accordata alle società si parli in altra parte, successiva a questa, del nostro lavoro, la questione ora accennata trova in questo punto il luogo più opportuno per la sua trattazione, riferendosi essa più specialmente agli effetti del fallimento sull'azione in responsabilità contro gli amministratori.

Fu sostenuto (1) che quando non si può eserci-

(1) Corte d'App. di Torino, 24 aprile 1894, *Foro it.* 1895, 1, 57.

tare una determinata azione contro una società per essere questa in moratoria, ***non possa esercitarsi neppure l'azione in responsabilità contro gli amministratori***, durante il periodo della moratoria stessa.

A noi sembra che basti riflettere al fondamento che, nei vari casi, può avere l'azione in responsabilità contro gli amministratori, per scorgere l'erroneità di una tale opinione.

L'azione può esercitarsi dagli organi sociali in base al danno prodotto dagli amministratori alla società, all'oggetto di reintegrare il capitale sociale per gli abusi di essi — e tale azione, propria della società in moratoria, non vi ha dubbio alcuno (o almeno non vi può essere seriamente dubbio alcuno) che durante la moratoria possa esercitarsi, poichè la concessione della moratoria sospende l'esercizio delle azioni a danno della società e non quelle a suo favore.

L'azione in responsabilità può essere l'azione *individuale*, fondata sul danno prodotto con fatti particolari degli amministratori ai creditori o ai soci; ed anche in questo caso non vediamo per qual motivo possa dirsi *sospesa* perchè alla società sia stata accordata la moratoria e quindi *contro essa* non si possa esercitare niuna azione per fatti alla moratoria anteriori.

Di vero: l'azione che si esercita contro gli amministratori per la loro responsabilità è una azione

indipendente e diversa da quella che si può esercitare contro la società ed ha il suo fondamento nel fatto colposo o doloso di quelli e nel danno prodotto da questo fatto. L'art. 147 cod. di comm. espressamente dice che gli amministratori sono responsabili in solido... verso i terzi... in generale dell'esatta osservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge, dall'atto costitutivo e dallo statuto; ossia, quando vi ha un danno dolosamente o colposamente prodotto dagli amministratori di una società, questi debbono rifonderlo indipendentemente da ogni azione che i danneggiati possano esperimentare contro la società. Non si tratta già di un'azione (come sembrerebbe credesse la Corte d'appello di Torino nella ora citata sentenza) che possa esercitarsi contro gli amministratori, per mezzo degli organi sociali, solo dopo che si sarà dimostrato in confronto della società di aver ricevuto un danno per opera di quelli; è, invece, un'azione di risarcimento — quella di cui ci occupiamo — direttamente esercibile contro gli amministratori pel loro fatto colposo o doloso. Potrà, però, accadere, in tal modo, che si abbiano due giudicati difformi, se dopo avere agito contro gli amministratori per responsabilità, si agisca, scaduta la moratoria, contro la società e — come dice la sentenza della Corte d'appello di Torino — venga stabilita di fronte alla società la regolarità degli atti, in ordine ai quali fu pronunziata con-

danna contro gli amministratori. Ma lo stesso non può dirsi per il caso di azione esercitata contro il fideiussore di colui al quale fu accordata la moratoria? Eppure, malgrado ciò, si ammette che, la moratoria giovando solamente a colui al quale fu accordata, si possa, durante la medesima, agire contro il fideiussore (1).

Più importante è l'altra questione accennata, quella cioè, dell'effetto che ha il fallimento della società sulla prescrizione delle azioni contro di essa.

La Corte di Cassazione di Torino, con sentenza 31 marzo 1896 (2), si è occupata di determinare il momento da cui comincia a decorrere la prescrizione delle azioni in responsabilità contro gli amministratori di società commerciali. Trattavasi, nel caso deciso dalla Corte, di una società alla quale era stata prima conceduta la moratoria, e della quale erasi poi pronunziato il fallimento; contro alcuni amministratori erasi, dal curatore della società fallita, esercitata un'azione di risarcimento per danni prodotti con operazioni contrarie allo statuto sociale e disastrose per la società: e tale azione erasi esercitata cinque anni dopo che gli amministratori avevano cessato dalle loro funzioni. La Cassazione torinese dichiarò ammissibile, anche dopo il decorso di tale periodo,

---

(1) VITA-LEVI, *La moratoria*, pag. 136.

(2) *Monitore dei trib.*, 1896, 410, e *Diritto comm.* 1896, 597.

cotesta azione, benchè riconoscesse applicabile a questa la prescrizione quinquennale, di cui all'articolo 919 cod. di comm.; e ciò per il motivo che trattandosi di azione in responsabilità contro gli amministratori di una società, pei loro atti, « il termine per prescrivere non può cominciare a decorrere se non dal giorno in cui cessa la esistenza della società ».

Prima di esaminare questo punto, è opportuno vedere se la prescrizione quinquennale di cui all'art. 919 cod. di comm. sia applicabile anche alle azioni in responsabilità contro gli amministratori di società commerciali; e, in ogni modo, se sia applicabile anche quando la società trovisi in stato di fallimento.

L'art. 919 n. 1 dice che si prescrivono col decorso di cinque anni « le azioni derivanti dal contratto di società o dalle operazioni sociali ». Stando alla parola della legge, pare evidente che anche le azioni contro gli amministratori rientrino fra quelle cui questo articolo si riferisce. Il codice di commercio belga, più esplicito del nostro, all'art. 127 dichiara prescritte in cinque anni « toutes actions, contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs pour faits de leur mandat, à partir de ces faits ». Stando all'intendimento del legislatore, si conferma l'opinione che fa rientrare fra le azioni prescrittibili in cinque anni, quelle contro gli amministratori; infatti, nella memoria del

ministro Castagnola sulla legislazione delle società commerciali (1) si trova proposta la prescrizione quinquennale « per le azioni contro i soci... o *contro gli amministratori delle società anonime da parte tanto dei terzi, quanto della società* » e ciò per il motivo che « gli interessi del commercio ed il carattere peculiare delle transazioni commerciali, segnatamente dopo che il telegrafo ed il vapore han reso tanto più celeri le comunicazioni fra i luoghi più lontani, consigliano di stabilire una prescrizione più breve di quella ordinaria, per tutte le obbligazioni dipendenti da ogni specie di società mercantile ».

Due ragioni possono far dubitare dell'esattezza di questa conclusione: quando trattasi di azioni contro gli amministratori devesi non dimenticare che per regola generale si dimostra l'opportunità di esercitarle e nella pratica si esercitano, quando, quasi sempre per effetto degli atti che han fatto sorgere l'azione in responsabilità degli amministratori, la società viene a trovarsi in istato di crisi, con la conseguenza, secondo la gravità di essa, o di una liquidazione, o di una moratoria, o di una dichiarazione di fallimento.

È, quasi sempre, al verificarsi di uno di questi fatti, specialmente del primo e del terzo, che, passando la direzione degli affari sociali degli antichi

---

(1) *Atti della commissione incaricata di studiare le modificazioni al cod. di comm.*, parte IV, pag. 217.

amministratori in altri organi — e per il fatto stesso che la crisi è scoppiata — si ricercano le responsabilità che hanno portato al disastro, si scuoprono le colpe degli amministratori, e si tenta di ottenere indennizzi da questi. Orbene, perchè, allora, contro gli amministratori, la brevissima prescrizione quinquennale? e non, almeno, quella, pur sempre breve, decennale, che è la comune prescrizione mercantile? Questa tutelerebbe sufficientemente gli amministratori senza togliere, nei casi più gravi, e molte volte nell'unico periodo in cui potrebbe praticamente esercitarsi, l'azione in responsabilità contro gli amministratori, quell'azione che molte volte si riduce ad essere l'unica speranza di parziale riparazione non tanto dei soci, quanto degli stessi creditori sociali.

Inoltre, la ragione che, anche storicamente, ha condotto ad ammettere la più breve prescrizione in tema di società, manca per quanto si riferisce agli amministratori per l'azione in responsabilità per danni da loro colposamente arrecati alla società; infatti, la prescrizione più breve sociale si originò come presunzione di avvenuto pagamento — tanto che negli statuti genovesi si ammetteva, purchè il debitore o i suoi eredi giurassero d'aver pagato (1) — o come aiuto a chi senza colpa avesse

(1) LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, pag. 159.

perduto il capitale (1); e venne svolgendosi sempre con l'intendimento di liberare i soci, in termine breve, dalla responsabilità solidale per tutte le obbligazioni sociali, le quali, potendo essere di grande entità, dovevano estinguersi presto: quindi il codice di commercio italiano del 1865 ammetteva bensì la prescrizione quinquennale, per le obbligazioni sociali, ma solo per il caso di scioglimento della società e nel senso che i soci erano sciolti solamente dal vincolo della solidarietà rispetto ai terzi — restando a questi il diritto di esercitare verso i soci l'azione personale per la loro quota (art. 173); e quest'ultima azione era soggetta alla prescrizione ordinaria.

Il principio, dunque, che la prescrizione delle azioni in responsabilità contro gli amministratori sia quinquennale non ha nessuna ragione d'essere e neppure storicamente trova spiegazione sufficiente: cotesto principio arbitrario, senza precedenti storici, fu trapiantato nella nostra legge per non ragionata imitazione della legge belga — nella citata relazione Castagnola (2) spiegandosi appunto il principio nuovo ammesso, come derivato dal progetto belga.

Ma la chiara parola della legge e l'intendimento espresso del legislatore, ad essa pienamente con-

(1) Lattes, l. c.

(2) Op. cit., pag. 217.

forme, impongono di accettare il principio della applicabilità dell'articolo 919 cod. di comm. alle azioni in responsabilità contro gli amministratori di società commerciali, benchè tale principio non sia nè giusto, nè rispondente alle esigenze della pratica.

Il PUGLIESE (1) combatte questa conclusione, sostenendo la indipendenza dell'azione in responsabilità contro gli amministratori dal contratto sociale e dalle operazioni sociali; dal primo, perchè esso ha per oggetto tutta la vita della società dal primo istante in cui viene a costituirsi fino a quello dello scioglimento, mentre gli amministratori prestano un'opera temporanea, han poteri esattamente definiti e limitati sia riguardo agli oggetti sui quali debbono spiegarsi, sia riguardo ai modi con cui devono manifestarsi; dal secondo perchè gli atti con cui gli amministratori violano i propri doveri e danneggiano l'ente amministrato non si possono annoverare fra gli affari sociali e si debbono piuttosto qualificare operazioni antisociali.

Noi ammettiamo che non possa qua parlarsi di responsabilità in base al contratto sociale; ma non possiamo ammettere con il PUGLIESE che gli amministratori non sieno responsabili degli atti posti in essere in tale loro qualità, *in base ad opera-*

(1) *Trattato della prescrizione estintiva,* pag. 525 e segg., n. 322.

zioni sociali. L'azione in responsabilità contro gli amministratori non va considerata solamente nei rapporti di questi con la società; ma anche, e specialmente, nei loro rapporti con i terzi: tali azioni, generalmente, si esercitano avvenuto il fallimento della società, quindi dal curatore; cioè nell'interesse della società, ma più specialmente nell'interesse della massa dei creditori di essa. Orbene, come può negarsi che e di fronte all'una e di fronte all'altra (nel secondo caso la evidenza è solo maggiore) le operazioni degli amministratori, siano esse state colpose o dolose, e che dan luogo alla responsabilità, sieno *operazioni sociali*, cioè poste in essere in nome e per conto della società, sia pure con esito dannoso per questa e, di conseguenza, pei suoi creditori? Nè la nostra legge fa distinzioni fra operazioni sociali, cioè poste in essere in nome e per conto della società, che gli amministratori abbiano condotte regolarmente, ed altre per le quali abbiano agito colposamente o dolosamente: sempre gli amministratori obbligano con i loro atti, posti in essere entro i limiti delle loro facoltà, la società di fronte ai terzi — e quindi tali atti han sempre carattere di *sociali*.

Anche nella giurisprudenza si è tentato, con un ragionamento che, a primo aspetto, può sembrare giusto, di non applicare l'articolo 919 cod. di comm. in caso di azioni in responsabilità contro organi sociali: la Corte d'appello di Genova, con sentenza

del 31 dicembre 1889 (1), osservò che tale specie di azioni è soggetta alla ordinaria prescrizione commerciale, perchè essa non deriva dal contratto di società o da operazioni sociali, *sebbene dal mandato.* Ma è ovvio rispondere che per l'articolo 919 il fatto solo che l'azione ha carattere di operazione sociale è sufficiente a renderla soggetta alla prescrizione quinquennale, indipendentemente dal carattere specifico dell'azione stessa (2).

Il Vidari (3) ha sostenuto che per l'ammissibilità della prescrizione quinquennale non deve essere stato dichiarato il fallimento della società o del debitore contro cui s'intenda agire, « perchè non merita nessun beneficio chi offende così gravemente gli interessi dei creditori e perchè la procedura di fallimento assorbe quella di liquidazione e la trae nella propria sfera. » Ammessa questa opinione del Vidari, è evidente che, dato il fallimento della società, non sarebbe più applicabile la prescrizione quinquennale alle azioni in responsabilità contro gli amministratori; ma di fronte al vigente codice di commercio, che non ripetè il disposto dell'articolo 175 del cod. di comm. abrogato, pel quale « la liberazione dell'obbligazione

(1) *Temi genovese,* II, 34.

(2) Nel senso sostenuto nel testo si è di recente pronunziata la stessa Corte d'Appello di Genova, con sentenza 8 maggio 1896 (*Temi genovese,* VIII, 282).

(3) Op. cit. n. 1223.

in solido non ha luogo nel caso di fallimento (della società), » l'opinione dell'illustre scrittore non è da seguirsi; la disposizione nell' articolo 919 del codice di commercio è troppo ampia, perchè non si debba considerare estinta ogni azione, pro o contra la società, che non sia stata esercitata entro cinque anni, anche se la società sia stata, nel frattempo, o dopo scorso il termine per la prescrizione, dichiarata in istato di fallimento.

Nessun principio di diritto si oppone a questa conclusione; infatti, lo stato di fallimento non impedisce ad ogni creditore di esercitare gli atti necessari ad interrompere la prescrizione; anzi, lo stato di fallimento gli porge occasione di farsi avanti con il suo credito per farlo verificare; se, malgrado ciò, egli lascia trascorrere cinque anni rimanendo inerte, perchè non si dovrebbe considerare la sua azione estinta, come se il fallimento non fosse avvenuto? L'osservazione del VIDARI che la prescrizione quinquennale non sia applicabile perchè « la procedura di fallimento assorbe quella di liquidazione » se poteva valere di fronte al codice di commercio abrogato, non persuade più oggi, dopo che l' articolo 919 del codice di commercio vigente ha reso applicabile la prescrizione quinquennale a tutte le azioni derivanti da operazioni sociali, si trovi o no la società in liquidazione (1).

---

(1) Vedasi nel senso da noi sostenuto una sentenza della Corte d' appello di Genova, 9 dicembre 1889 (*Temi genovese,* II, 77), motivata, però, in modo affatto insufficiente.

Ciò premesso, veniamo ora alla sentenza della Cassazione di Torino ed all'opinione da essa sostenuta, secondo cui l'azione in responsabilità contro gli amministratori di società commerciali è soggetta alla prescrizione quinquennale, la quale comincia a decorrere dal giorno in cui la società abbia cessato di esistere.

La questione nasce per il disposto dell'art. 919, secondo cui il termine della prescrizione quinquennale per le azioni sorgenti da operazioni sociali decorre « dal giorno della scadenza dell'obbligazione o dal giorno della pubblicazione dell'atto di scioglimento della società o della dichiarazione di liquidazione, se l'obbligazione non è scaduta. »

Questo articolo ha dato luogo a molti dubbi, per la determinazione del momento da cui deve decorrere il termine per la prescrizione; specialmente notevole è quanto scrissero in proposito il SACERDOTI (1) ed il MORTARA (2). Noi stessi, dopo combattute le opinioni di questi due scrittori, abbiamo sostenuto (3) che l'articolo 919 cod. di comm. nella parte in cui determina il momento dal quale comincia a decorrere la prescrizione quinquennale possa spiegarsi senza venire a conclusioni assurde e senza violentarne la lettera. Intanto, l'articolo 919

---

(1) *Consulente commerciale,* IV, 99.

(2) *Il cod. di commercio italiano commentato,* Verona, vol. VIII, n. 166.

(3) Confr. SRAFFA, *Liquidazione delle società,* pag. 193 e segg.

non detta una norma per la decorrenza del termine per le obbligazioni già scadute al momento della pubblicazione dell'atto di liquidazione o di scioglimento, intendendosi facilmente (anzi, non potendosi il contrario neppure immaginare come possibile, poichè la prescrizione quinquennale si ha anche se la società non è in liquidazione) che il termine deve cominciare a decorrere dalla scadenza dell'obbligazione.

Orbene, quando l'articolo 919 dispone che « il termine decorre dal giorno della scadenza, o dal giorno della pubblicazione dell'atto di scioglimento della società o della dichiarazione di liquidazione, *se la obbligazione non è scaduta* », si riferisce evidentemente a due casi diversi, ma in ambedue i quali *la obbligazione non è scaduta* al momento dello scioglimento della società o della dichiarazione di liquidazione: e i due casi, ci sembra, sono i seguenti: o si ha una obbligazione non scaduta, ma con scadenza determinata e si dovrà aspettare che questa si verifichi perchè il termine per la prescrizione cominci a decorrere; o, invece, si ha una obbligazione, che essa pure non è scaduta ma che non ha neppure una scadenza determinata, ed in questo caso il termine per la prescrizione comincerà a decorrere o dal giorno della pubblicazione dell'atto di scioglimento o dalla dichiarazione di liquidazione. Questa interpetrazione, che ci sembra ossequente alla parola della legge, ha

d'altra parte in suo appoggio l'intendimento chiarissimo di questa: infatti, l'art. 974 del progetto preliminare del nostro codice di commercio regolava espressamente la decorrenza del termine per la prescrizione di obbligazioni non aventi scadenza determinata, e disponeva così: « Il termine decorre dal giorno in cui la obbligazione è divenuta esigibile, *dal giorno della pubblicazione dell'atto di scioglimento se l'obbligazione non ha scadenza.* » Accadde che nel progetto definitivo, *senza che si avesse intendimento di modificare la disposizione dell'articolo 934 del progetto preliminare*, si sostituisse alle parole « se la obbligazione non ha scadenza » le altre « se la obbligazione non è scaduta » in modo che, se si è potuto dar luogo a degli equivoci, ci sembra, però, non si sia cambiato sostanzialmente il significato delle parole, come non mutò l'intendimento del legislatore.

Questa nostra interpetrazione ebbe la fortuna di essere accolta dal Vidari (1), dal Bonelli (2) e dallo stesso Mortara (3). La sentenza della Cassazione di Torino, di cui ci occupiamo, sembra accolga, èssa pure, la nostra opinione, benchè la forma con cui tale sentenza è redatta renda dif-

---

(1) *Il diritto commerciale,* 1889, 30-31.

(2) *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* VIII, 280.

(3) *Il diritto commerciale,* IX, 781. — Contrario alla interpretazione da noi proposta si dichiarò il Biondi, *Studi di diritto commerciale,* pag. 96.

ficile il comprendere chiaramente il concetto da essa voluto affermare. È perciò opportuno riprodurre le precise parole di questa sentenza: « Pure conforta, nella specie, il dichiarare che la discussione del corpo legislativo altro non fa che ribadire quanto si è ritenuto di esporre in proposito, poichè alle svariate osservazioni, cui diè luogo la redazione dell'articolo 919 cod. di comm., circa la portata di un diverso trattamento relativo alla data in cui la prescrizione possa cominciare a decorrere nelle due ipotesi, cioè se l'obbligo è divenuto esigibile, ovvero non abbia scadenza determinata, fu detto e ritenuto comprendersi nel primo caso tutti quelli obblighi, i quali avendo un termine, ne è venuta la scadenza e successivamente quelli che contratti senza scadenza determinata divengono esigibili immediatamente, sia perchè contratti a contanti, sia in conseguenza di una sentenza di condanna, e nel secondo caso comprendersi quelle obbligazioni le quali non avendo una scadenza determinata e non potendo essere esatte, durante la vita della società, acquistano la loro vera scadenza nel momento in cui la società si scioglie; laonde insieme al principio direttivo, cui mirava la detta discussione, venne adottato l'emendamento più incisivo, cioè, se l'obbligo non è scaduto. »

Partendo da tale interpetrazione dell'art. 919, la Cassazione di Torino sostiene e conclude che

la obbligazione in responsabilità degli amministratori non sia compresa nella prima ipotesi dell'alinea dell'articolo 919 e che perciò la prescrizione dell'azione relativa a tale obbligazione non possa decorrere contro di essi che dalla cessazione della società.

Ossia, nella seconda ipotesi dell'alinea dell'articolo 919 contemplandosi le obbligazioni non scadute e non aventi neppure una scadenza determinata, secondo la Cassazione di Torino le obbligazioni degli amministratori per la responsabilità da essi incorsa rientrerebbero fra quelle non aventi scadenza determinata.

Orbene, questo è un gravissimo errore. Prima di tutto, può, esattamente, parlarsi di *scadenza* dell'obbligazione generica di rifondere i danni? Ha una scadenza, ci sembra, l'obbligazione di dare o di fare una cosa determinata — la scadenza si verifica il giorno in cui deve farsi il pagamento, deve eseguirsi la consegna della somma o altra cosa alla cui prestazione siamo tenuti. Vi potrà essere o vi sarà scadenza, per il pagamento della somma dovuta in seguito al danno prodotto, quando l'obbligo di pagare l'indennità e l'ammontare di essa saranno concordati fra le parti o stabiliti dal magistrato.

Ad ogni modo, un'obbligazione non può ritenersi scaduta che nel giorno dal quale può domandarsene giudizialmente la esecuzione; e, se vuole

parlarsi di scadenza, l'obbligazione degli amministratori, per la responsabilità da essi incontrata, potrà dirsi scaduta solo dal momento in cui divenne esercitabile la relativa azione.

Resta, quindi, senz'altro, esclusa l'ammissibilità dell'opinione sostenuta dalla Cassazione di Torino; resta cioè esclusa — come quella che si risolve in un grave e palese errore — l'opinione secondo cui la prescrizione dell' azione in responsabilità contro gli amministratori di società commerciali comincierebbe a decorrere dalla cessazione della società e, quindi, fallita la società, sempre il curatore potrebbe esercitare detta azione, purchè entro cinque anni dal fallimento.

Neppure ci sembra d' accettare l' opinione che si oppone comunemente a quella della Cassazione di Torino; e cioè che la decorrenza del termine della prescrizione in parola abbia da cominciare, nei rapporti con gli amministratori, *o dalla data delle singole operazioni o almeno dal giorno in cui viene a cessare l'ufficio degli amministratori*. Tale opinione si trova sostenuta in un articolo anonimo pubblicato nel periodico il *Monitore dei Tribunali* (1): « Poichè *quod sine die debetur statim debetur* (art. 1173 cod. civ.), così in mancanza di termine portato dalla convenzione o dalla legge ogni obbligazione devesi eseguire immediatamente.

---

(1) 1896, 490.

Questa regola è comune a tutte le obbligazioni, nascano da contratto, da quasi contratto, da delitto o da quasi delitto. E non può quindi negarsi di applicarla anche alle azioni in responsabilità contro gli amministratori di società anonime. Difatti, queste azioni nascono dal fatto che genera la responsabilità e l'articolo 152 che le riconosce non prefigge nessun termine al loro esercizio. Quindi sono immediatamente esperibili. E siccome per principio generale la prescrizione comincia dal giorno in cui nasce l'azione, così anche quella *brevi temporis* portata dall'articolo 919 n. 1, *per le azioni derivanti dal contratto di società o dalle operazioni sociali*, deve cominciare a decorrere dal giorno in cui è stato *commesso il fatto che vien posto a base dell'azione.* »

Anche l'Amar (1) ha sostenuto che « l'obbligazione o responsabilità dell' amministratore sorge al momento in cui egli manca ai suoi impegni: *da questo momento egli è obbligato a risarcire i danni e sorge l' azione di responsabilità contro di lui.* »

Noi non crediamo accettabili le varie opinioni sopra riportate; e le ragioni con cui brevemente sosterremo l'opinione nostra, che ora esporremo, le combattono implicitamente. Ci sembra che non possa essere dal giorno della cessazione dall'ufficio

(1) *Il diritto commerciale,* 1892, 396.

degli amministratori, nè da quello in cui le operazioni che dan luogo alla responsabilità furon poste in essere, che decorre la prescrizione dell'azione in responsabilità contro gli amministratori; ma debba essere dal giorno in cui dette operazioni produssero effettivamente il danno, del quale gli amministratori son chiamati a rispondere. Infatti, l'azione in responsabilità contro gli amministratori nasce da questo momento: ora, sino dal sistema giustinianeo la prescrizione non può cominciare a decorrere prima che sia sorta l'azione che ne deve rimaner colpita (1), e l'azione sorge quando il credito diviene esigibile; per diritto nostro la prescrizione presuppone necessariamente un'azione nata ed esperibile, avanti la cui nascita è contradittorio parlare di prescrizione (2).

La prescrizione comincia a decorrere, secondo l'opinione comune, dal momento in cui è sorta l'azione giudiziaria a riparo di una offesa — o, secondo altri (3), e forse più esattamente, il diritto si prescrive a partire dal momento in cui il suo titolare comincia ad essere *inerte;* cioè, s'intende per *actio nata* il momento in cui il diritto è capace di attuazione, ed in cui, per conseguenza, comincia l'inerzia del titolare.

---

(1) L. 3. C. *De praescrip.* 30.

(2) A. Tartufari, *Effetti del possesso,* III, 1281.

(3) Pugliese, op. cit., pag. 39.

Dati questi principii elementari ed indiscussi, sembra che la nostra opinione ne sia la conseguenza più chiara e secura — e che tutte le altre opinioni emesse e da noi riferite sieno invece con quei principii in perfetto contrasto.

La questione ha grande importanza pratica, perchè se i due momenti della *operazione* e del *danno* possono coincidere, molto spesso non coincidono: p. es. un amministratore di una società commerciale con false notizie o con raggiri riesce a fare acquistare delle obbligazioni della società che egli amministra; il momento di tale acquisto e quello delle manovre che lo provocarono molte volte non coincideranno, potendo rimanere per non breve tempo la impressione delle false notizie fornite dagli amministratori, potendo, cioè, rimanere — e pur troppo, spesso accade — finchè non vengano smentite da fatti che le contraddicano. In questo, ed in tutti i casi analoghi, il negare che la prescrizione decorra dal giorno in cui il danno fu prodotto dagli amministratori, equivale a negare il principio che la prescrizione non decorre che da quando è nata l'azione. Ma questo principio essendo innegabile, la sicurezza di esso viene a costituire come una prova certissima della esattezza dell'opinione nostra.

PARTE TERZA

SOSPENSIONE E CESSAZIONE DEL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ

---

§ I.

Moratoria.

Il codice di commercio regola l'istituto della *moratoria* sotto il titolo *della cessazione e della sospensione del fallimento*, perchè esso regola più particolarmente la moratoria chiesta dopo la dichiarazione del fallimento, limitandosi all'art. 827 cod. di comm. a stabilire che anche prima della dichiarazione del fallimento il commerciante può chiedere una moratoria e questa è regolata dalle disposizioni sulla moratoria posteriore al fallimento, che non sono con quella incompatibili.

La moratoria può accordarsi alle società commerciali (1), e la ragione ne è evidente: esse sono commercianti e possono cadere in fallimento — e la moratoria è un provvedimento per rimediare o per ovviare, date certe condizioni, al fallimento di un commerciante.

---

(1) VIDARI, op. cit. n. 4865.

La moratoria può essere chiesta, per conto della società, dalle stesse persone che hanno veste per provocare il fallimento; può essere conceduta alle stesse condizioni cui può essere conceduta ad un semplice commerciante, e produce gli stessi effetti che in questo caso produce.

L'unica questione grave e seria che sorge, speciale al caso di moratoria accordata ad una società in nome collettivo, è se essa spieghi i suoi effetti senz'altro di fronte ai soci, precisamente come il fallimento di tali società produce quello dei soci che le compongono.

Le nostre Corti ebbero a pronunziarsi sulla questione, risolvendola affermativamente; così la Corte d'appello di Genova con sentenza del 30 luglio 1887 (1), e quella di Perugia con sentenza del 6 luglio 1891 (2), le quali però si limitarono ad una semplice enunciazione del principio da esse accettato, senza curarsi di darne la minima giustificazione.

Il prof. Bolaffio, in nota alla sentenza della Corte di Perugia, molto ragionevolmente espose dei dubbi sul principio da essa accettato, senza però pronunciarsi esplicitamente contrario.

Per risolvere la questione, deve premettersi la ricerca se e quali condizioni speciali debbansi ri-

---

(1) *Diritto commerciale,* V, 837.

(2) *Foro italiano,* XVII, 21, 50, con nota di Bolaffio.

scontrare nei soci, perchè la moratoria possa essere accordata ad una società in nome collettivo.

Noi crediamo in primo luogo che a tale scopo si richieda che nessuno dei soci che compongono la società sia in grado di soddisfare alla sua obbligazione solidale e sussidiaria di pagare i debiti sociali; infatti, se per l'articolo 847 del codice di commercio il fallimento di una società in nome collettivo produce il fallimento anche dei soci, ciò è perchè il fallimento di quella fa presumere che i soci, i quali non lo evitarono pagando i debiti sociali, si trovino essi pure in istato di cessazione dei pagamenti; non si può dunque ammettere che quando si tratta di accordare, con la moratoria, alla società il beneficio di ritardare il pagamento dei suoi debiti scaduti, si prescinda dal vedere se chi è obbligato, in mancanza di pagamento da parte della società, a pagare per essa, si trovi o no in condizione di farlo.

Come dice giustamente il Vita-Levi (1), la solidarietà ed illimitata responsabilità dei soci, porta alla conseguenza, che non si possa sostenere una cessazione di pagamenti tale da impedire la normale estinzione del passivo, se non quando siasi perduta ogni speranza di riscontrare corrispondenti attività in quelle fonti, da cui devono legittimamente procedere.

---

(1) *La moratoria*, pag. 140.

Questa opinione si può giustificare anche da un altro punto di vista. Per la concessione della moratoria si richiede che il commerciante si trovi in istato di cessazione di pagamenti in conseguenza di avvenimenti straordinari e impreveduti o altrimenti scusabili; ma ne sembra chiaro, che pur data ogni maggiore importanza al principio secondo cui devesi tener nettamente distinto l'ente società dai singoli soci, non potrebbesi accordare la moratoria ad una società commerciale in nome collettivo che si trovasse a non aver fondi disponibili per pagare i suoi debiti, se i soci che ne fanno parte o alcuno di essi si trovassero in condizioni tali da potere far fronte col loro personale patrimonio al pagamento dei debiti sociali; infatti, così stando le cose, non si può dire che avvenimenti scusabili sieno stati causa della cessazione dei pagamenti della società: tant'è che la nostra legge reputa così poco scusabili i soci che lasciano dichiarar fallita una società in nome collettivo, da disporre che il fallimento di essa produca anche quello dei soci.

Ci sembra, invece, che per accordare la moratoria ad una società in nome collettivo non si debba richiedere un attivo superiore al passivo nel patrimonio particolare dei singoli soci; in vero, la moratoria si deve concedere alla società, e le cattive condizioni finanziarie dei soci non tolgono la possibilità che questa si trovi in condizioni

tali che lascino fondata speranza di un integrale pagamento dei suoi debiti, purchè ne sia prolungata la scadenza. È facile scorgere la differenza che corre fra il caso che ora esaminiamo e quello precedente; là si trattava di negare alla società un beneficio, non necessario perchè era possibile ai soci di salvare la società stessa dal fallimento, qua si tratta di non togliere alla società un beneficio, che in definitiva può essere tale anche per i suoi creditori: infatti, nel concetto della legge, la moratoria è un provvedimento escogitato non tanto per recare un sollievo ai debitori, quanto per l'utilità che i creditori stessi hanno (o si presume che abbiano) se sia evitato il fallimento (1).

Tutto ciò messo in chiaro, ci sarà più facile risolvere la questione che ci siamo proposti per ciò che riguarda gli effetti, rispetto ai soci, sia della moratoria accordata ad una società in nome collettivo, prima del fallimento, sia della moratoria accordata dopo che questo era già stato dichiarato.

La moratoria accordata ad una società commerciale prima del fallimento, non deve estendersi anche ai soci.

(1) È fuor di discussione che la terza delle condizioni richieste perchè si possa accordare la moratoria, cioè la presentazione dei libri di commercio, non deve richiedersi, oltre che alla società in nome collettivo che domanda la moratoria, anche ai soci; basta infatti considerare che i membri di una società in nome collettivo sono commercianti per la loro stessa qualità di soci e che quindi non hanno obbligo di tenere, personalmente, i libri di commercio, benchè, in pratica, possano anche tenerli.

Non ci sembra difficile scorgere come non sia il caso di applicare, per analogia, la disposizione dell'articolo 847 del codice di commercio, in forza del quale il fallimento di una società in nome collettivo produce anche il fallimento dei soci; infatti, qui si tratta di un provvedimento che presuppone lo stato di cessazione dei pagamenti in tutti coloro che ne sono colpiti, stato che è ragionevole presumere in chi lascia dichiarare il fallimento di una società della quale fa parte come socio illimitatamente responsabile; mentre che nel caso di moratoria si ha un provvedimento per l'esistenza del quale si richiede, come condizione necessaria, un attivo superiore al passivo in colui a favore del quale è emesso, condizione che non richiedesi, come abbiamo veduto, si riscontri nei componenti una società in nome collettivo, perchè possa accordarsi a questa la moratoria. Inoltre, l'articolo 847 del codice di commercio dispone che il tribunale deve dichiarare colla stessa sentenza il fallimento della società e dei soci; mentre che nel caso di moratoria (almeno tale sembra il concetto della sentenza citata della Corte d'Appello di Genova), accordata questa ad una società in nome collettivo e ad essa unicamente, dovrebbe considerarsi, senz'altro, estesa anche ai soci: ma allora dov'è l'analogia fra i due casi? Non solo; ma se la moratoria dei soci deve considerarsi come una conseguenza, pura e semplice, della moratoria ac-

cordata alla società, ne verrà, necessariamente, questo assurdo: che la moratoria dei soci varrà solamente per la loro responsabilità solidale di fronte ai creditori sociali, non già per le obbligazioni nascenti dai loro debiti particolari, questi non avendo nessuna relazione, nè diretta nè indiretta, con la moratoria accordata alla società; ma è concepibile che un commerciante si trovi in istato di moratoria per alcuni debiti, e non vi si trovi per alcuni altri, che non sien fra quelli indicati nel capoverso dell'articolo 824 codice di commercio? D'altra parte, per la ragione accennata, la moratoria accordata alla società, non potrebbe mai di per sè sola produrre l'effetto di sospendere, pel tempo in cui essa dura, l'esercizio delle azioni dei creditori particolari dei soci contro questi: tanto più, che se il tribunale avrà creduto (1) di convocare i creditori della società per interpellarli sulla opportunità di accordare a questa la moratoria, i creditori particolari dei soci non possono essere stati chiamati a dare il loro parere: come dunque la moratoria dovrebbe poi avere effetto anche pei loro crediti?

Va, finalmente, considerato che i soci non divengono obbligati al pagamento dei debiti sociali

---

(1) La convocazione dei creditori per concedere una moratoria anteriormente al fallimento non è necessaria. Confr. VIDARI, op. cit. n. 4918 e un nostro scritto pubblicato nel *Diritto commerciale*, X, pag. 221-230.

che dopo l'avvenuta escussione della società (1) o, come vedremo, dopo che ad essa fu accordata la moratoria, la quale ove si estendesse anche ai soci, non solo verrebbe ad essere accordata a chi non la richiese direttamente; ma sarebbe accordata ad un commerciante, senza che questi abbia cessato i pagamenti — mentre anche per la moratoria anteriore al fallimento è d'uopo che il debitore, per ottenerla, sia in istato di cessazione dei pagamenti (2).

Nè la moratoria accordata ad una società in nome collettivo produrrà tali effetti che, praticamente, facciano considerare come estesa la moratoria della società anche ai soci; tale moratoria, infatti, non toglie il diritto ai creditori della società di agire contro i soci per il soddisfacimento delle obbligazioni sociali scadute. È quindi erroneo il dire che « dal momento che il tribunale accolse la domanda di moratoria presentata dalla società, e poichè dai creditori di questa tal beneficio fu consentito, ciò significa avere costoro riconosciuto che la società è in condizione, mercè la dilazione accordatale, di poter far fronte ai propri impegni, e che per ciò si è fuori della ipotesi, nella quale soltanto si potrebbe eventualmente trarre partito dalla garantia, che sussidiariamente

(1) Confr. in questo proposito lo scritto da noi pubblicato nel *Diritto commerciale,* VII, 181-204.

(2) Confr. VITA-LEVI, op. cit., pag. 143.

potrebbero offrire i membri della società » (1). I soci sono fideiussori solidali per le obbligazioni sociali e l'obbligo in essi di pagare sorge quando fu preventivamente escussa la società; ma la moratoria è prova di un tale stato d'insolvenza da parte della società, che renderebbe inutile, se pur fosse possibile, la preventiva escussione di essa: del resto, la impossibilità di procedervi (derivante dal principio sancito dall'art. 824 cod. di comm.) è un caso di forza maggiore che non può togliere ai creditori sociali il diritto, loro riconosciuto dall'articolo 106, di ottenere dai soci il pagamento dei debiti sociali, se questi non sieno soddisfatti dalla società. Nè varrebbe l'obiettare contro questa soluzione che la concessione della moratoria alla società non avrebbe, in tal modo, pratica utilità, perchè se i soci avessero potuto far fronte agli impegni sociali, la società non sarebbe ricorsa all'espediente della moratoria; non varrebbe l'obiettarlo, perchè sarebbe assurdo considerare in istato di moratoria i soci, solo perchè la moratoria fu conceduta alla società, senza che resulti riscontrarsi nei soci stessi le condizioni necessarie perchè la moratoria possa accordarsi. Chè se i soci credano necessario che non solo la società di cui fanno parte, ma essi pure godano del beneficio della mo-

(1) Sentenza del Tribunale di Sarzana del 15 maggio 1891 pubblicata nel *Diritto commerciale,* IX, 541.

ratoria, ne facciano, ciascuno separatamente, domanda, accompagnata dalla dimostrazione che ciascuno di loro si trova nella condizione richiesta per ottenerla.

Consideriamo ora gli effetti che, rispetto ai soci, produce la moratoria accordata ad un società in nome collettivo, posteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Perchè tale moratoria possa accordarsi non si richiede che anche i soci si trovino in condizione per ottenerla essi pure; per persuaderci di ciò basta considerare che, benchè il fallimento dei soci segua necessariamente quello della società, pure i due fallimenti rimangono separati e distinti (art. 847 cod. di comm.); la società, anche fallita, rimane, quindi, un debitore separato e distinto dai soci, pure debitori, e quando essa si trovi in tali condizioni da dare affidamento che, con il beneficio della moratoria, potrà trovarsi in grado di soddisfare i suoi debiti, sarebbe assurdo le si negasse tale beneficio, perchè i soci non hanno un attivo superiore al passivo che dia seria speranza che tanto i loro creditori particolari quanto i creditori della società saranno integralmente pagati. Inversamente, i soci, o alcuno dei soci, il cui fallimento sia stato dichiarato in conseguenza del fallimento di una società in nome collettivo di cui facciano parte, possono domandare la moratoria e questa può loro essere conceduta, senza che sia

conceduta anche alla società; infatti, come uno o varî soci possono addivenire ad un concordato coi creditori sociali, con l'effetto che sia cessato per lui o per loro il processo commerciale di fallimento (art. 830 cod. di comm.), così possono ottenere la moratoria, anche se la società non sia in grado di ottenerla, dimostrando che si trovano nelle condizioni tutte richieste dalla legge, perchè tale beneficio si possa accordare.

Ciò premesso, diciamo che la moratoria accordata alla società, posteriormente al fallimento, non si estende, senz'altro, anche ai soci, ai quali fu esteso il fallimento. È questa una conseguenza naturale e necessaria del non richiedersi, perchè la moratoria sia accordata alla società, che i soci si trovino nelle condizioni per ottenerla personalmente.

La verità di ciò è subito fatta palese anche se si consideri che la moratoria posteriore al fallimento non può dal tribunale accordarsi che dopo interpellati i creditori (art. 820 cod. di comm.); ora, per decidere sulla moratoria della società, gli unici creditori da interpellarsi sono i suoi creditori; ma se la moratoria accordata alla società già fallita producesse lo stato di moratoria nei singoli soci, ne verrebbe: o la necessità di ammettere la possibilità di una moratoria posteriore al fallimento senza che sieno stati interpellati tutti i creditori chirografari — e questo invece, per la

nostra legge, non è ammissibile — o la necessità di ammettere l'assurdo, già precedentemente dimostrato tale, di una moratoria che non avesse effetto di fronte ad una specie di creditori chirografari.

Nè è poi una conseguenza che repugni, questa che noi accettiamo, di mantenere in istato di fallimento i soci, che furono dichiarati falliti *unicamente* in conseguenza del fallimento dichiarato a danno della società, per la quale è sospesa la procedura commerciale di fallimento. Infatti, i soci furono dichiarati falliti per la presunzione, creata dal fatto del fallimento della società, ch'essi pure, i quali non intervennero a pagare per questa, sieno in istato di cessazione dei pagamenti: ora se essi, appunto perchè la società viene a trovarsi in moratoria, hanno più che mai il dovere, di fronte ai creditori sociali, di soddisfare, ed immediatamente, alle obbligazioni derivanti da operazioni sociali, il fallimento pronunciato a loro danno deve continuare a sussistere.

§ II.

Concordato

Il fallimento delle società può chiudersi, come ogni altro fallimento, con la ripartizione dei beni tra i creditori, se si dovè procedere alla liquidazione dell'attivo (art. 809-816 cod. di comm.), e le operazioni del fallimento stesso possono dichiararsi cessate dal tribunale se non possono essere continuate utilmente per insufficenza d'attivo (art. 817-818 cod. di comm.): nell'un caso e nell'altro, l'essere il fallito una società commerciale non produce nessuna differenza col caso in cui il fallito sia un commerciante singolo, nè fa sorgere speciali questioni.

Se, invece, è con il concordato che il fallimento viene a cessare, intorno a quello sorge una serie di questioni, nel caso che il fallito sia una società commerciale.

Le questioni che sorgono intorno all'istituto del concordato sociale spesso trovano, specialmente nei più recenti scrittori nostri, difficoltà gravi ad essere lucidamente trattate e decise in modo soddisfacente, nel principio, comunemente ammesso, che il fallimento scioglie di pien diritto le società che ne sono colpite; è perciò che le questioni stesse si presentano sotto nuova luce, la

vera, quando si parta invece dal più giusto principio (da noi ampiamente sviluppato) che le società non sono necessariamente disciolte pel fatto che sono fallite.

È la natura stessa del *concordato* che si è venuta alterando sotto la pressione di quell'errato e così comunemente accettato principio, che vede in una società *fallita* una società *finita*. Così per il Bonelli (1) « dato lo scioglimento della società per via di fallimento, *non è possibile concordato, quando questo sia inteso nel suo senso vero e proprio*, cioè di convenzione che libera il debitore non tanto pel presente quanto per l'avvenire, ponendo fine al sequestro giudiziario dei suoi beni e riponendolo alla testa dei suoi affari; poichè la società fallita non ha avvenire; entrata nella via della liquidazione, il concordato non può farla vivere. La nostra legge ha creduto bene anzi di formulare espressamente che col concordato non si evita lo scioglimento della società (art. 189, n° 4). Ciò posto, convien dire che quando la stessa nostra legge e le altre parlano qui di concordato, lo fanno in un senso speciale *e non incompatibile col fatto dello scioglimento.* » Cioè, quanto alle società in nome collettivo, il concordato, per il Bonelli, si risolve in una liberazione del patrimonio personale dei soci; è un concordato vero e proprio in rapporto

(1) Op. cit. pag. 127-128.

ai soci, *ma è un cambiamento nella forma di liquidazione, e nulla più, per la società;* il concordato stesso provvede all'esaurimento delle operazioni di stralcio delle attività sociali; dopo la liquidazione, o anche durante la liquidazione della vecchia società, i soci potranno ricostituirne una nuova, ma questa non sarà mai una continuazione della vecchia, bensì una diversa e distinta personalità. Quanto alle società anonime, il concordato è, per il Bonelli, una transazione che il curatore (liquidatore legale della società) fa coi creditori, in virtù della quale si conviene un modo di liquidazione più spedito o più vantaggioso, da sostituire a quello del fallimento, senza che ciò implichi menomamente che l'ente sociale torni alla sua primitiva esistenza, dopo aver disinteressati i suoi creditori.

Ma tutte le difficoltà accennate dal Bonelli perchè possa ammettersi che il concordato di una società anonima abbia lo stesso significato e gli stessi effetti che in ogni altro fallimento, sussistono in quanto sussiste il principio che una società *fallita* è una società *finita;* ma dato il principio opposto, che ormai ci sembra in modo definitivo dimostrato vero, non vi è nessuna incompatibilità giuridica fra il concetto di società, anche anonima, fallita e quello di concordato vero e proprio.

La nostra legge, con un intuito sicuro e felice di una situazione economica che recenti grandi

disastri finanziari hanno messo in maggiore evidenza, ha seguito la via opposta a quella tracciata dal BONELLI; invece di ammettere i concordati delle società anonime purchè sieno *qualcosa di meno* dei concordati propri del fallimento di un singolo commerciante, ha ammesso che essi possano avere un contenuto eguale a quello di detti concordati ed anche che possano contenere *qualcosa di più*.

Esaminiamo la base economica su cui il nostro codice ha fondato il regolamento dei concordati delle società anonime e poi esamineremo, da un punto di vista forse sfuggito ad altri, la significazione e la portata del regolamento stesso.

Il PANTALEONI nella sua geniale *Teoria dei salvataggi* (1) ha dimostrato come si possa sbagliare liquidando presto una operazione avversa nelle prime tappe e come mentre l'affare era originalmente cattivo, e lo sarebbe ancora per chi lo dovesse principiare, può esser diventato buono per colui che lo deve soltanto continuare, appunto in seguito e per effetto del capitale che già vi è perduto: « Il capitale già speso a perdita nell'impresa, egli dice, il capitale che quindi non va più rimunerato, ha modificato sensibilmente le condizioni dell'impresa. Per il paese una

(1) *Giornale degli Economisti,* vol. XI, pag. 444.

impresa di questo genere sarà sempre una passività. Sarebbe stato meglio non mettervi mai le mani, e impiegare l'originale capitale in modo che non venisse distrutto improduttivamente. Ma, allorchè questa distruzione è avvenuta, e non può più essere disfatto quello che è stato fatto, può essere creata una condizione di cose che renda profittevole la condizione dell'impresa per un rilevatario, *il quale non ha da retribuire il capitale anteriore, irremissibilmente perduto.* E avrebbe per lo meno un lucro cessante, chi, avendo perduto il primo capitale in una impresa, non cogliesse l'occasione — non già di rifarsi di quanto ha perduto — ma di investire profittevolmente un nuovo capitale in una azienda di cui il meccanismo gli è ormai meglio noto che a chiunque altro. È questa la spiegazione di un fatto che si vede ogni giorno, cioè che affari riusciti disastrosi in una prima mano, fanno la fortuna di un secondo assuntore, che affari creati sotto la tutela di dazi protettori e andati a male, malgrado la protezione loro accordata, finiscono talvolta, dopo una vistosa distruzione di capitali, a essere profittevoli anche a dazio abolito. »

Esaminiamo questo fenomeno economico nel caso di un fallimento sociale, specialmente se si tratti di una grande società anonima.

Enormi capitali furono spesi per l'impianto dell'industria, troppo grandi capitali perchè l'impresa riescisse profittevole; il fallimento s'impose per-

chè, oltre la mancanza di utili per l'azionista, si aveva mancanza di fondi per far fronte agli impegni sociali, sia verso i fornitori, sia verso i mutuanti.

La liquidazione per cura del curatore non può portare che a un reparto meschino; infatti, o si vende a piccoli lotti ciò che forma l'attivo sociale ed il resultato è disastroso, perchè la vendita dei frammenti di ciò che costituiva una grande impresa è sempre rovinosa, e perchè, con tale sistema, si disperde il valore ch'era costituito da quel *tutto* che viene miseramente a sparire, da quel *tutto* che era costituito da un'organizzazione industriale che aveva per sè, forse, l'avvenire.

O si fa una vendita in *blocco;* ma questa richiede grandi capitali da parte degli acquirenti — il che equivale a restringere il campo dei possibili concorrenti all'acquisto; ma una vendita in blocco di una impresa che è andata in rovina, è resa difficile, a buone condizioni, per la sfiducia che naturalmente sorge in chi ad essa fu estraneo ed i resultati probabili per l'avvenire giudica dall'esperimento del passato. Una vendita in blocco è, perciò, altrettanto più disastrosa di una vendita a piccoli lotti, poichè da essa non può ritrarsi che una somma, che offrirà ai creditori un reparto derisorio — senza lasciare agli azionisti speranza alcuna di un lontano recupero di parte almeno del capitale versato.

Eppure, quanti poterono esaminare da vicino il funzionamento dell'impresa, amministratori, azionisti, creditori, hanno fede che per essa vi sia l'avvenire, quando la impresa sarà alleggerita dal passivo che l'ha gravata fino ad ora.

Ecco, soluzione unica, il concordato: ecco gli azionisti disposti a versare un nuovo capitale per far fronte agli impegni da assumersi col concordato. Ma una soluzione così semplice può non essere possibile: o perchè la somma da pagarsi come dividendo superi quella che gli azionisti sono disposti a versare; o perchè i creditori che, economicamente, furono sino allora associati all'impresa, non vogliano rinunziare ai vantaggi che l'avvenire a questa riserba nella sua nuova fase, ma preferiscano seguire le sorti future di quella, sia da soli, sia insieme con gli azionisti.

Ecco, allora, due altre soluzioni possibili: 1ª un concordato, col quale la società prometta ai suoi creditori un dividendo superiore a quello che potrebbe sborsare attualmente, pagabile in avvenire sugli utili sperati dall'impresa: 2ª un concordato, col quale tutti i beni della società vengano ceduti ai creditori — cessione alla quale possono trovare il loro utile gli stessi azionisti, quando, contemporaneamente, si pattuisca la loro liberazione dal pagamento dei decimi non ancora versati.

Queste soluzioni sono tutte tre possibili secondo il nostro codice di commercio, che all'articolo 853

dispone: « Nel fallimento di una società anonima *che non si trova in istato di liquidazione* il concordato può avere per oggetto la continuazione o la cessione dell'impresa sociale, ed in tal caso deve determinare le condizioni dell'esercizio ulteriore. »

Intanto, questo articolo ha, evidentemente, il carattere di aggiuntivo al principio che può ogni fallimento finire con un concordato: nel più essendo compreso il meno, essendo possibili per le società anonime concordati con i caratteri stabiliti dall'articolo 853, s'intende che debba, per esse, essere possibile il concordato comune, cioè senza i caratteri stessi.

Esaminiamo questi caratteri; vediamo quale è il contenuto e la portata 1° di un concordato che abbia per oggetto la continuazione dell'impresa, 2° di un concordato che abbia per oggetto la cessione di questa.

La ragione dell'articolo 853 secondo i motivi della legge, sarebbe la seguente (1): « L'interesse generale che talvolta si trova connesso al compimento delle grandi imprese a cui sono rivolte le società anonime, richiede che la continuazione o la cessione dell'impresa sociale sia favorita ed agevolata. » E sia pure che la legge abbia avuto di mira questo interesse generale nel porre la disposizione dell'articolo 853; ma, da una parte, l'unico fon-

(1) *Verbali*, 159, n. 938.

damento *giuridico* di esso si ha nel principio che il fallimento non scioglie di pien diritto la società; e, dall'altra, quando anche il fondamento economico della disposizione che ammette il concordato delle società anonime avente per oggetto la continuazione o la cessione dell'impresa, fosse nell'interesse pubblico accennato, è certo che il fondamento *economico di un dato concordato* non può trovarsi che nell'interesse dei contraenti, come sopra abbiam dimostrato.

Nel concordato che ha per oggetto la continuazione dell'impresa si ha questo resultato, dal punto di vista giuridico: i soci si obbligano a continuare l'impresa fino a che non avranno soddisfatto gli impegni assunti, nel concordato, coi creditori; ossia, pattuendo tale clausola nel concordato, i soci rinunziano alla facoltà che, secondo la interpetrazione da noi accettata, loro accorda l'articolo 189 n. 4 cod. di comm.: per questo, il fallimento della società, ancorchè seguito da concordato, da facoltà ad ogni socio di ottenerne lo scioglimento; pattuendo nel concordato, concluso fra la società ed i suoi creditori, la continuazione dell'impresa, i soci rinunziano al diritto di chiedere lo scioglimento *sino a che la percentuale promessa ai creditori non sia stata pagata;* la continuazione dell'impresa, quando pattuita, è una garanzia pei creditori ed è da considerarsi come una condizione cui l'accettazione del concordato, da parte dei creditori stessi, è sottoposta.

Nella pratica si vede funzionare questa forma di concordato nei fallimenti delle grandi società industriali, che abbiano emesse obbligazioni.

Servendoci dei dati di fatto veramente preziosi raccolti dal JUGLAR (1), scorgiamo che nella pratica si hanno, prevalentemente, queste combinazioni: ai portatori di obbligazioni si conviene nel concordato di cambiare le loro obbligazioni antiche con delle nuove: due sono i procedimenti che si seguono: o si promette il rimborso delle nuove obbligazioni per mezzo del sorteggio, entro un periodo determinato, a un valore prossimo a quello per cui le antiche furono ammesse al passivo, pagando fino a cotesto momento un interesse fisso, aumentato di un interesse variabile, da determinarsi ogni anno secondo i fondi disponibili, ma non mai superiore ad un determinato $^{0}/_{0}$ (2); o si lascia intatto il valore di rimborso e l'interesse delle obbligazioni, ma si subordinano il pagamento di questo interesse e l'ammortizzamento all'esistenza di fondi disponibili (3).

Quanto agli altri creditori, si offre loro, nel concordato, di prendere tante nuove obbligazioni quanti multipli di 500 (se tale è l'ammontare nominale dei nuovi titoli) contiene il loro credito (4);

---

(1) Op. cit. pag. 53 e seg.

(2) Concordato del *Crédit foncier colonial,* art. 5 e 7.

(3) Concordati di *Santa-Fé* e *delle Ferrovie argentine,* art. 4.

(4) Concordati di *Santa-Fé,* delle *Ferrovie argentine* e del *Crédit foncier colonial,* art. 5.

ma siccome questa combinazione cambia il carattere del loro credito, si offre loro un'altra combinazione consistente in repartizioni, di anno in anno, comprendenti un dividendo su quanto è loro dovuto.

La validità di questa forma di concordati ci sembra innegabile, anche per la nostra legge. Come disse, con molta esattezza la Corte d'Appello di Parigi, 12 luglio 1869 (1), occupandosi della questione, « la loi du concordat ne peut être imposée à la minorité dissidente qu'autant qu'il s'agit d'un véritable règlement de créances, soit par atermoiement, soit par remise d'une partie du capital ou des intérêts, soit par tous pactes accessoires qui sont permis, pourvu que l'effet de ces diverses stipulations soit de modifier seulement la créance et de laisser subsister la qualité des créanciers (2) ».

Per quanto si riferisce ai portatori di obbligazioni è evidente che, con un concordato del genere di quelli sopra descritti, la qualità di creditori sussiste pel caso che ad essi sia promesso un interesse fisso e l'ammortizzamento dei titoli per via di sorteggio in diversi anni, qualunque sieno le clausole accessorie; ciò è dubbioso, invece, pel caso in cui il concordato subordini l'interesse intiero e l'ammortizzazione delle obbligazioni alla esistenza

---

(1) Concordati di *Santa-Fé* e delle *Ferrovie argentine,* art. 4.
(2) Dalloz, *Périodique,* 1870, 2, 7.

di fondi disponibili; fu dubitato, infatti (1), se in tal caso, i portatori di obbligazioni non debbano considerarsi quali aventi azioni di priorità, avendo, come questi, diritto ad un interesse prelevato sopra gli utili, prima degli azionisti ordinari; avendo diritto, allo scioglimento della società, di esser pagati sull'attivo sociale prima degli azionisti ordinari; non avendo nessun diritto fino a che esistono dei creditori ordinari non pagati. Fu, giustamente, osservato, in contrario (2), in primo luogo che l'interesse è, sin dal principio, limitato, per quali sieno i benefici realizzati; che, inoltre, questo interesse è fissato per ogni anno in modo che quanto non fu potuto pagare in un anno resti dovuto per gli anni seguenti, fino a quando gli utili permettano di pagarlo; e se, alla fine della società, resta dovuto qualche cosa per interessi, questo qualcosa si aggiunge al capitale per essere prelevato sul fondo sociale, prima d'ogni divisione fra gli azionisti; che, finalmente, i portatori dei nuovi titoli non hanno, quanto all'amministrazione della società, gli stessi diritti degli azionisti, ma hanno un limitato controllo sull'opera degli amministratori.

Quanto ai comuni creditori, il cui titolo viene trasformato in una obbligazione, noi crediamo va-

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, 371.

(2) Juglar, op. cit. pag. 55, e Lyon-Caen et Renault, loc. citato nella nota precedente.

lido il concordato, una volta che essi rimangono, malgrado tale trasformazione, creditori. E ciò indipendentemente dal diritto, che nella pratica su ricordata vien loro accordato, di optare fra l'accettazione delle obbligazioni rilasciate dalla società e il pagamento immediato di una percentuale fissa; in tal modo si è creduto di allontanare ogni dubbio sulla validità del concordato, di mettersi in guardia contro ogni eventuale rifiuto del tribunale di omologare il concordato; ma è molto discutibile che, se un pericolo di tal genere vi fosse — e noi crediamo non vi sia — ad esso si potesse sfuggire con tale combinazione, che ci sembra un po' ingenua, stantechè è praticamente illusoria l'offerta della percentuale fissa, per la sproporzione (voluta dalla società per costringere i creditori ad accettare le obbligazioni) che vi è, tutta a vantaggio per quest'ultima offerta fra le due proposte (1).

L'articolo 853 cod. di comm. rende possibile ad una società anonima anche un concordato avente per oggetto la cessione dell'impresa.

Per comprendere l'importanza di questa disposizione e per persuaderci che non a torto noi dicemmo che il nostro codice di commercio, quando si tratta di concordato di società anonime, ben lungi dal limitarne la portata, in confronto di

(1) Concordati di *Santa Fé,* delle *Ferrovie argentine,* art. 7, del *Crédit foncier colonial,* art. 9.

quello dei singoli commercianti, ne ha invece allargata la sfera, va considerato che per il codice di commercio vigente non è ammessa, per regola generale, la validità (cioè la forza obbligatoria anche per la minoranza dissidente o non aderente) dei concordati *per abbandono d'attivo*, o — per dirla con la formula che usò la giurisprudenza nostra — « la *cessio bonorum*, come forma di concordato, in mancanza del consenso di tutti gli interessati, non è ammissibile » (1). Non è il caso di discutere la ragionevolezza di questo principio ed il suo fondamento giuridico; sarebbe pur facile dimostrare che se la *cessio bonorum* del diritto romano è inconciliabile col sistema odierno del fallimento, ben avrebbe potuto il legislatore nostro, adattando il vecchio istituto al diritto nuovo, foggiarlo in guisa che la inconciliabilità scomparisse; non fu dunque una difficoltà d'ordine dottrinale che impedì alla legge nostra di ammettere, come regola, l'abbandono d'attivo, o cessione del patrimonio del fallito ai creditori, come valida forma di concordato; fu, invece, un motivo tutto d'ordine economico e pratico; tale forma non risponde, in generale, agli interessi dei creditori, di essa non è sentito il bisogno, nella pratica non

(1) Trib. di Roma, 27 febbraio 1893, *Foro it.* 1893, 1, 398 (con nota adesiva dell'avv. G. Ruta); App. Roma 29 maggio 1893, *Foro it.* 1893, 1, 1257.

si segue — quindi la legge non l'ha regolata e non doveva regolarla, poichè essa non deve occuparsi di istituti che sono fuori dei bisogni e dei costumi del popolo su cui impera.

E il bisogno di tale forma di concordato non è sentito, perchè con l'abbandono dell'attivo, come forma di concordato, il fallito non da ai suoi creditori più di quello che essi possono prendersi con la liquidazione giudiziale e toglie, invece, loro il diritto che ad essi spetta sugli eventuali utili, prodotti dall'attività sua.

Il contrario può accadere quando si tratti del fallimento di una società anonima; la base principale dell'impresa, che è elemento personale — almeno prevalentemente — nel fallimento di un commerciante singolo, e che quindi sparisce con il ritiro di questo dal commercio, è un valore reale e impersonale quando si tratti di una grande società anonima; solo (o quasi solo) quando si tratti di grandi imprese è possibile il rilevarle, l'accreditarle di nuovo, il farle risorgere a nuova vita, poichè solo nelle grandi imprese può trovarsi il margine necessario a nuovi guadagni, dopo il disastro; solo (o quasi solo) trattandosi di società anonime l'*impresa* può costituire un valore, anche considerevole, pur dopo il fallimento, perchè (di regola) solo tali società possono avere investito grandi capitali in imprese a lunga scadenza, ed è sulla combinazione di questi due fatti *grandi capitali ormai spesi*, e

impresa a lunga scadenza, che si può ragionevolmente fondare una speranza di un fortunato avvenire per la impresa stessa. La quale, quindi, in tali casi rappresenta un *valore;* un *valore* da aggiungersi a quello delle attività che possono realizzarsi nella procedura di fallimento.

È questo nuovo elemento, il *valore* che l'avvenire dell'impresa sta a rappresentare, che può rendere *utile* per i creditori sociali un concordato in forma di abbandono d'attivo, in questo comprendendo il valore rappresentato dall'avvenire della impresa. Ma perchè tale forma di concordato sia possibile è necessario anche il consenso dell'assemblea degli azionisti; e, perciò, essi debbono avere un interesse a che il concordato si faccia in cotesta forma. Difatti, in pratica, i concordati di una società anonima, in forma di cessione del patrimonio, si fanno con la clausola che l'attivo abbandonato comprenda sòlo l'attivo realizzato; quindi gli azionisti si trovano liberati da ogni loro debito per i versamenti dei decimi sulle azioni, non ancora eseguiti (1).

Malgrado che una società commerciale fallita abbia concluso un concordato, i soci non perdono il diritto acquisito, pel fatto dell'avvenuto fallimento, di chiedere lo scioglimento della società; questo, e non altro, è il senso dell'art. 189 n. 4

---

(1) De Molènes, op. cit. pag. 264.

cod. di comm. Ora, mentre il concordato concluso dalla società con i suoi creditori, con il patto della continuazione della impresa, sospende nei soci il diritto loro accordato dall'art. 184 n. 4 fino a che i creditori sociali non sieno stati soddisfatti del reparto loro promesso, il concordato, invece, concluso dalla società con il patto della cessione dell' impresa — inteso tale patto nel senso da noi sostenuto (1) — fa sì che la società sia sciolta di pieno diritto, dal momento in cui il concordato è concluso, per essere venuto a mancare l' oggetto dell' impresa stessa (art. 190 cod. di comm.).

Il BONELLI (2) interpetra l'art. 853 nella parte in cui parla del concordato di società anonime avente per oggetto la cessione dell'impresa, in senso opposto al nostro: « Molto spesso, invece, egli dice, della continuazione dell'impresa, tornerà utile la *cessione* di essa ad un terzo che subentri... »

Ma una *cessione* di tal genere, sempre possibile, non ha niente a che vedere col concordato avente

---

(1) Vedasi *contra:* DE-MOLÈNES, op. cit. pag. 263, il quale ammette, senza neppure curarsi di dire su quale fondamento, la validità di un concordato sociale che abbia per oggetto *la cessione parziale dell' attivo;* e quindi viene ad una conclusione opposta a quella sostenuta nel testo, in riguardo allo scioglimento delle società. Egli dice: « Il est possible en effet que cet concordat ne se forme que moyennant l'abandon *partiel* de l'actif du failli, et, dans ce cas, la société ne serait point dissoute de plein droit, le surplus de l'actif lui constituant un capital à exploiter. »

(2) Op. cit. pag. 129.

per oggetto la cessione dell'impresa, poichè entra nelle attribuzioni del curatore del fallimento di *cedere* in quel modo, cioè di *vendere*, la impresa: si tratta di un'alienazione in massa, che il curatore può essere autorizzato a trattare e conchiudere (art. 799 cod. di comm.). Ma una cessione così intesa perchè avrebbe da essere oggetto di un concordato? Perchè dovrebbe richiedersi, per potere addivenire ad un tal modo di vendita, il voto favorevole della maggioranza dei creditori richiesta per il concordato, mentre per l'art. 799 è sufficiente che vi sia l'autorizzazione e l'omologazione del tribunale, che vi sia l'approvazione della delegazione dei creditori e che sia stato citato il fallito? Perchè e come potrebbe una cessione così intesa costituire *un concordato?* Costituirebbe un contratto tra il curatore del fallimento ed il terzo acquirente, non un concordato fra i creditori e la società fallita.

Ma poi: la *cessione* intesa nel senso sostenuto dal Bonelli, che utile produrrebbe ai creditori? Che darebbe la società fallita ai creditori che essi non abbiano diritto di prendersi facendo procedere alla liquidazione dal curatore?

Concordati aventi per oggetto la continuazione o la cessione dell'impresa nel senso dell'art. 853 cod. di comm. non sono possibili, per espresso disposto dell'articolo stesso, quando la società anonima era già in liquidazione al momento della di-

chiarazione del fallimento; e ne vedemmo il motivo quando ci occupammo di precisare la condizione giuridica delle società fallite; a tali concordati, in questo caso, mancherebbe il fondamento economico, perchè lo scioglimento avvenuto della società dimostra nel modo più eloquente che per essa non vi è più ritorno possibile a miglior fortuna; mancherebbe il fondamento giuridico, perchè una società disciolta non può mai, neppure per deliberazione dei soci, tanto meno se manifestata in un concordato di fallimento, risorgere all'antica vita; ma quest'ultima considerazione vale solo per quanto si riferisce ai concordati aventi per oggetto la continuazione dell'impresa, non per quelli aventi per oggetto la cessione; questa essendo — dal punto di vista giuridico — conciliabilissima con lo stato di liquidazione in cui si trovasse, già prima del fallimento, la società. Ma la ragione economica, che rende, praticamente, inutile, di regola, il concordato avente per oggetto la cessione della impresa, esiste indubbiamente, e, quindi, fu logico il legislatore nell'equiparare, anche a questi effetti, della impossibilità cioè di un concordato avente per oggetto la cessione della impresa, il fallimento di una società anonima, già disciolta, al fallimento di un semplice commerciante (1).

(1) Vedi in senso opposto la sentenza della Corte d'App. di Milano, 29 dicembre 1885 (*Monit. tribunali,* 1885, pag. 30) e la nota ad essa apposta con la firma Scipio.

L'ultimo inciso dell'articolo 853 « il concordato deve determinare le condizioni dell'esercizio ulteriore », se si sta rigorosamente al senso grammaticale della proposizione deve riferirsi anche, anzi, più specialmente, al caso di cessione dell'impresa sociale; ma, come osservò la Corte d'appello di Milano 29 dicembre 1885 (1), tale disposizione vale solo allorchè il concordato ha per oggetto la continuazione dell'impresa, perchè « il pretendere di regolarvi la faccenda, *determinandone*, come dice il codice, *le condizioni dell' ulteriore esercizio* menerebbe all'ingerimento del venditore nell'azienda privata, nell'uso, che l'acquirente intende e crede, a ragione, di avere assoluto, della cosa di recente acquistata ».

Le condizioni del concordato di una società anonima con i suoi creditori, da chi dovranno, per conto di essa, venire stabilite? Dovranno essere

---

(1) *Monitore* cit. Nella citata nota alla sentenza della Corte di Milano, alle giuste osservazioni di essa, si aggiunge, opportunamente: « A ben guardare come l'articolo (853) è scritto ci sembra scorgervi un vero *lapsus calami,* il quale dal n. 938 del 149^mo^ processo verbale delle tornate dei compilatori, fu per disattenzione materialmente riprodotto nel succitato articolo. Fatto è, che ogni difficoltà sarebbe rimossa, se nel testo di esso articolo il vocabolo *continuazione* occupasse il posto del vocabolo *cessione* e viceversa. Tale trasposizione farebbe rispondere perfettamente la frase grammaticale al concetto logico che vuole esprimere, e che esprime male per la errata disposizione delle parole. »

deliberate dall'assemblea o potranno essere validamente fissate dagli amministratori o dai liquidatori, secondo i casi?

Il GUARIGLIA (1) dice che dovranno essere deliberate dall'assemblea generale « l'accettazione di un concordato producendo gravissime conseguenze »; ma, evidentemente, questa non è una ragione sufficiente per escludere che tale accettazione non possa venir fatta dagli amministratori, i quali possono porre in essere per conto della società molti atti, della cui gravità maggiore o minore, in confronto dell'accettazione d'un concordato, saremmo molto imbarazzati dovessimo giudicare *a priori:* per decidere la questione, conviene penetrarla un po' più profondamente, esaminando non già se la *gravità*, ma se il *carattere* del concordato è tale che possa l'accettazione di esso considerarsi come rientrante nelle facoltà degli amministratori.

Il CUZZERI (2) sostiene che spetta agli amministratori di proporre e concludere il concordato; questo principio a lui sembra sia « un corollario della disposizione dell'art. 849, ove è detto che gli amministratori devono essere *sentiti* come legali rappresentanti della società fallita in tutti i casi nei quali la legge richiede che sia sentito il fal-

(1) *Il concordato nel diritto italiano* e *straniero*, pag. 314.
(2) Op. cit. pag. 672.

lito; e fra i casi in cui è necessario di sentire il fallito, non può non comprendersi quello della proposta di un concordato ». Tutto questo non ha niente a che fare con la questione; non si tratta, è chiaro, di *sentire* il fallito, ma che questo manifesti la sua volontà di addivenire ad un contratto (per il quale ha piena capacità) a determinate condizioni.

Nè più seria è l'altra ragione portata a sostegno dell'opinione sua dal CUZZERI, quando dice che « le stesse ragioni per le quali non è richiesta la previa convocazione dell'assemblea generale dei soci per deliberare sulla moratoria chiesta da una società fallita, ma basta che sia presentata dal consiglio di amministrazione, valgono a suffragare la massima che la proposta sul concordato nel fallimento delle società anonime, non ha d'uopo di essere previamente discussa ed approvata dall'assemblea dei soci ». Ma dove è l'analogia, anche più lontana, fra i due casi? La moratoria può essere chiesta dagli amministratori, perchè nessuno meglio di loro è in grado di giudicare se sussistono le condizioni per ottenerla e perchè, essa dovendosi chiedere *nei tre giorni successivi alla dichiarazione del fallimento*, mancherebbe la possibilità materiale di convocare l'assemblea dei soci per deliberare.

Noi crediamo che solo l'assemblea dei soci abbia facoltà di stabilire per conto della società, le condizioni alle quali il concordato va proposto : e de-

duciamo tale principio, ci pare con molta sicurezza, dalla condizione giuridica in cui abbiamo stabilito trovarsi una società fallità, dal non essere cioè una società disciolta, ma che i soci possono, pel fatto del fallimento, disciogliere, o malgrado questo, mantenere in vita. Se questo è vero, se cioè il deliberare su questo punto è un diritto dei soci, una volta che l'approvazione di un concordato di una società anonima, in una forma o in un'altra, può voler dire deliberare, sia pure indirettamente, sulla prosecuzione o sullo scioglimento delle società, il deliberare sul concordato non può spettare che ai soci; ai soci, s' intende, riuniti in assemblea.

Basta ciò a dimostrare che il deliberare sul concordato, sopra un atto cioè decisivo per l'avvenire della società, ha tal carattere che esorbita il potere e l' ufficio degli amministratori. I quali, invece, sono gli indicati a negoziare il concordato con i creditori; e così si fa nella pratica: quando le trattative da essi portate innanzi (di frequente con il concorso del curatore) con i creditori, sono giunte a buon porto, essi convocano l'assemblea dei soci ai quali propongono di deliberare l'offerta del concordato determinandone le condizioni; dopo la deliberazione dei soci, gli amministratori hanno veste per concludere con i creditori — entro i limiti di detta deliberazione — il concordato a nome della società.

Il concordato delle società in nome collettivo, da

luogo a delle questioni più che altro di dettaglio, specialmente in conseguenza della separazione dei vari fallimenti che essa produce e del principio che sono ammessi anche semplici concordati particolari a favore di uno o più soci.

Occupiamoci, prima, del concordato della società in nome collettivo: ci occuperemo poi di quelli particolari ad uno o più soci.

Esso, perchè sia validamente proposto e fatto, deve essere prima deliberato da tutti i soci: il principio ammesso per le società anonime, per le stesse ragioni, anzi, a maggior ragione, devesi ammettere per le società in nome collettivo.

Gli effetti del concordato, di fronte ai creditori e al debitore (la società) sono quelli stessi di ogni altro fallimento: ma di fronte ai soci, illimitatamente e solidalmente responsabili degli obblighi sociali, e, pel fallimento della società, essi pure dichiarati falliti? Per il Guariglia (1) quando alla sola società fu consentito un accomodamento, questo s'intende accordato virtualmente agli associati individualmente; ma non gioverà loro se non nei rapporti dei creditori sociali, non potendo da essi venire opposto ai loro creditori particolari. Ma il Guariglia non concreta quali sono le conseguenze del principio da lui posto; consentito il concordato alla società, nel suo concetto, il fallimento dei soci

(1) Op. cit. pag. 317.

rimane, oppur no? Questi non potranno opporre il concordato fatto dalla società ai loro creditori particolari nel senso che debbano pagarli integralmente o nel senso che debbano ottenere da costoro un concordato per essere liberati dal fallimento?

Comunque sia, è il principio stesso dal GUARIGLIA accettato, che ci sembra in contradizione col sistema della nostra legge; infatti, per l'articolo 792 del cod. di comm. « i creditori conservano la loro azione per l'intiero loro credito contro i coobbligati o i fideiussori del fallito, ancorchè questi abbia ottenuto un concordato, ed essi vi abbiano volontariamente consentito »; ora è fuori di discussione che i soci di una società in nome collettivo sono *confideiussori solidali* della società per tutti gli obblighi da questa contratti. Come quindi disapplicare, di fronte ad essi, il chiaro disposto dell'articolo 792 cod. di comm.?

In pratica, però, difficilmente si addiverrà ad un concordato con una società in nome collettivo senza che i creditori sociali convengano che, a condizione di essere soddisfatti della percentuale in quel concordato loro promessa, rinunziano al loro credito verso i soci, perchè, essendo l'adesione di tutti i soci a responsabilità illimitata necessaria per la conclusione del concordato, questi non avranno interesse ad accordarla che a patto di essere liberati dalla loro obbligazione verso i creditori sociali; ma in mancanza di tale espressa rinunzia, l'art. 792 deve trovare, necessariamente, applicazione.

I creditori possono consentire ad un concordato anche in favore di uno o più tra i soci responsabili senza limitazione (art. 854 cod. di comm.); e in questo caso tutto l'attivo sociale è soggetto all'amministrazione ed alle operazioni del curatore. Solamente i beni particolari del socio al quale si consente il concordato ne sono esclusi, e nessuna parte dell' attivo sociale può essere devoluta al soddisfacimento delle obbligazioni derivanti dal concordato (art. citato).

La pratica dei concordati personali trova, però, un grave ostacolo nella disposizione, veramente irragionevole, dell' ultima parte dell' art. 854, per cui il socio che ha ottenuto un concordato personale, ed è così liberato dall' obbligazione solidale verso i creditori della società, deve provare, per ottenere la cancellazione del suo nome dall' albo dei falliti, che tutti i debiti della società fallita sono stati pagati.

Quali creditori, e come, saranno chiamati a deliberare il concordato particolare di un socio a responsabilità illimitata?

Secondo una prima opinione questo concordato deve subire la prova di tre deliberazioni successive: 1ª deliberazione dei creditori sociali, rifiutantisi di sentire un concordato alla società; 2ª deliberazione degli stessi creditori sociali decidenti che il socio è ammissibile ad ottenere un concordato particolare; 3ª deliberazione dei creditori personali,

riuniti ai creditori sociali e deliberanti definitivamente su questo stesso concordato (1).

Per una seconda opinione si richiedono queste tre successive deliberazioni; ma i creditori personali soli sono ammessi, nell'ultima deliberazione, a votare sul concordato consentito dai creditori sociali: questi non concorrono a tale deliberazione (2).

Per una terza opinione, il concordato particolare non producendo effetto che sui beni particolari del socio concordatario, è sufficiente una sola assemblea, composta di tutti i creditori, e un solo voto (3).

A fare accettare quest'ultima opinione e respingere le altre due, basta la considerazione che tanto i creditori sociali quanto i creditori particolari, di fronte al socio sono tutti, ed egualmente, creditori suoi particolari, i secondi per avere direttamente trattato con lui, i primi per essere egli, di diritto, garante delle obbligazioni verso loro assunte dalla società: e gli uni e gli altri, però, creditori con gli stessi diritti sul suo patrimonio personale.

---

(1) Renouard, op. cit. II, 139.

(2) Mathieu-Bodet, *Revue de droit français et étranger*, II, 849.

(3) Conf. specialmente Cazalenes, in Dalloz, *Périodique*, 71, 1, 5 e Bolaffio, *Temi veneta*, 1885, 550.

ERRATA-CORRIGE

Pag. 273 lin. 20 la lègge esplicitamente la risolve, — *si legga*: la legge esplicitamente risolve la questione

» 294 » 8 esaminati — che si organizzi — *si legga:* esaminati, che si possa organizzare

» 296 » 12 quella proprio che c' interessa — *si legga:* quella che più c' interessa

» 305 » 17 condotto ad ammettere la più breve — *si legga:* condotto ad una più breve

» 305 » 22 originò come — *si legga:* originò o come

INDICE

PARTE PRIMA

DICHIARAZIONE DEL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ

PARTE SECONDA

EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE DEL FALLIMENTO

PARTE TERZA

SOSPENSIONE E CESSAZIONE DEL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ